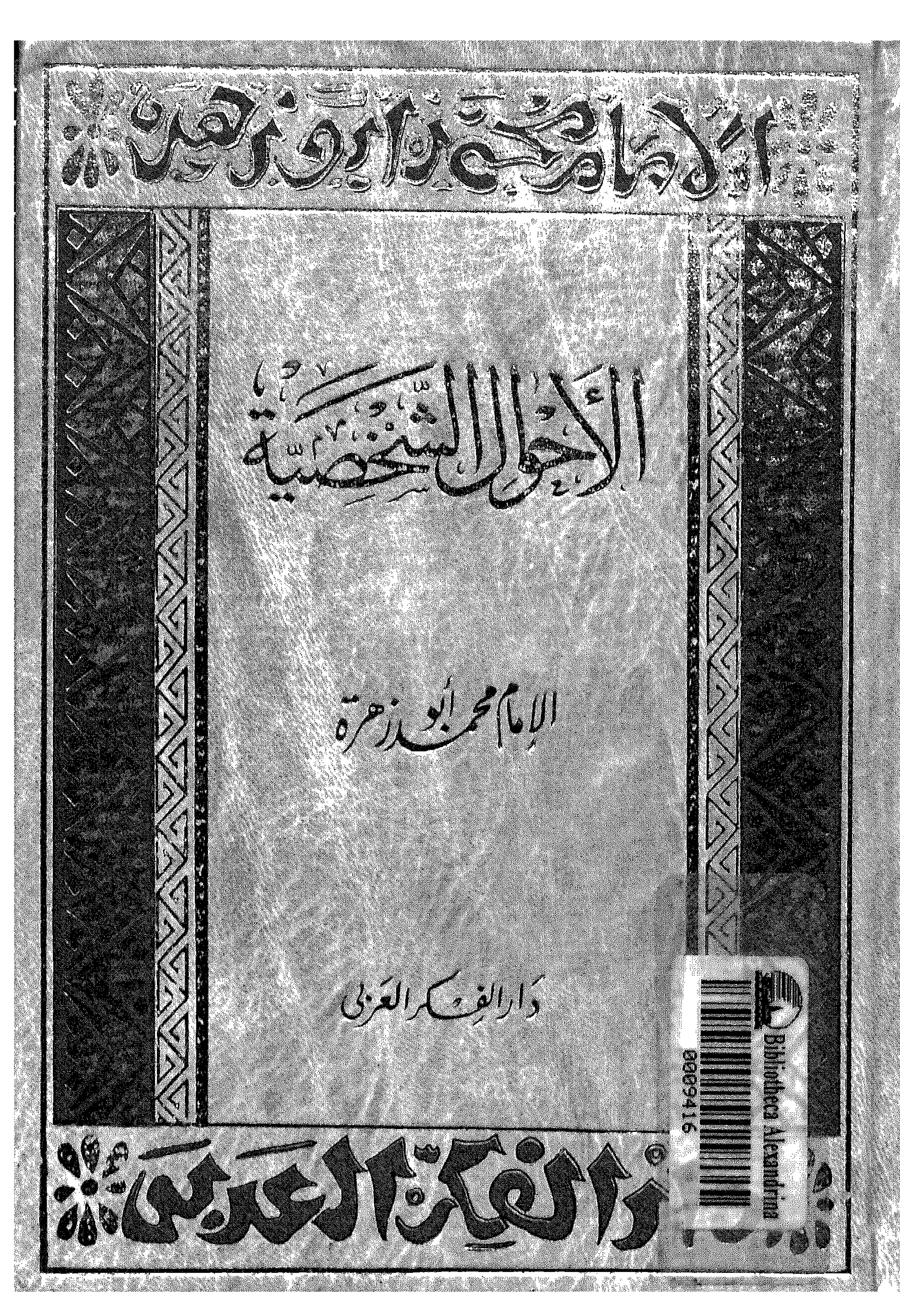

الإمام محمد أبو زهرة
الأحوال الشخصية
الإمام محمد أبو زهرة
دار الفكر العربي
Bibliotheca Alexandrina
0069416
دار الفكر العربي







الإمام محمد أبو زهرة

الأحوال الشخصية

ملتزم الطبع والنشر
دار الفكر العربي



افتتاحية الطبعة الثانية :

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذى علم الإنسان مالم يعلم ، والصلاة والسلام على النبى الأمى الذى علمه ربه وبعثه رحمة للعالمين .

وبعد : فهذا كتاب الأحوال الشخصية قد نفدت طبعته الأولى فى زمن أقل مما قدرته لها ، واضطررت لإعادة طبعه قبل أن أعيد فيه النظر ، وأراجع ما سجلته ، عسى أن أغير أو أبدل ، فليس فى عمل الإنسان شىء كامل ، لا يعروه النقصان ، أو صالح لا يخالطه غيره .

فأقدم هذه الطبعة إلى أبنائى الطلبة وجمهرة العلماء ؛ وهى كالطبعة الأولى أو تكاد ، وأرجو أن أعيد النظر فى الطبعة الثالثة . إن كان فى العمر بقية وفى القدرة مواتاة ، وفى الزمان سعة ، وأضرع إلى المولى العلى القدير أن يمدنى بعونه وتوفيقه ، وأن يلهمنى السداد فى خدمة شريعته ، فهى الأمر الذى أحتسبه ، وأرجو به المثوبة والمغفرة ، وأطلب به الصفح والمعذرة ، إنه هو التواب الرحيم ، والرءوف الكريم ، وهو نعم المولى ونعم النصير .

٢ من شوال سنة ١٣٦٩

٤ من أغسطس سنة ١٩٥٠

محمد أبو زهرة

افتتاحية الطبعة الثالثة :

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله على سيدنا محمد الذى بعث رحمة للعالمين ، وعلى آله وأصحابه أجمعين .

أما بعد : فهذه الطبعة الثالثة لكتاب الأحوال الشخصية ، أقدمها لطلاب الفقه من غير زيادة كبيرة فى الكتاب ، وإن كان فيه بعض التوضيح الذى اقتضاه إلغاء المحاكم الشرعية ، وكنت قد وعدت أن أعيد النظر فى هذه الطبعة ، ولكنى وجدت أن بين يدى المكتب الفنى لرياسة الجمهورية مشروع قانون الأحوال الشخصية متكامل الأجزاء فيه تعديل جوهرى للمعمول به الآن فى محاكم الأحوال الشخصية ، وهو سير بالدراسة الفقهية إلى الأمام ، لأنه أخذ من المذاهب الإسلامية كلها متجنباً الشاذ ، متجهاً إلى المألوف الذى لا يعارض الكتاب والسنة ، وإنه لذلك يحتاج إلى فحص وعناية فى الدراسة ، ورد لمسائله إلى أصولها المذهبية ، ومقدار أثر العمل به فى العرف المصرى ، فإذا قدر له أن يأخذ شكله القانونى النهائى ، فإنا بعون الله نتولى دراسته الكاملة فى الطبعة القادمة مستعينين بالله تعالى مستلهمين منه التوفيق والعون ، ضارعين إليه تعالى أن يهدينا إلى أقوم سبيل لخدمة شرعه ودينه إنه سميع الدعاء .

١٣ من صفر سنة ١٣٧٧

٨ من أغسطس سنة ١٩٥٧ — محمد أبو زهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين .

(أما بعد) فهذا كتاب يبين أحكام الزواج فى الشريعة الإسلامية وآثاره ، وثمراته ، فيه بيان إنشائه وإنهائه ، وتنظيم العلاقة الرابطة بين الزوجين ، وبيان ما لكلا طرفيه من حقوق ، وما عليه من واجبات . ثم فيه بيان الحقوق الثابتة لثمرات الزواج ، وهى من يكون بين الزوجين من بنين وبنات ، وقد قسمنا الكتاب إلى أربعة أقسام :

القسم الأول — فى إنشاء العقد ، وما يسبقه من مقدمات وما يقترن به من شروط ، وما يشترط لتكوينه وصحته ونفاذه ولزومه .

والقسم الثانى — فى بيان أحكامه المستمرة بعد تمامه أى بيان آثاره من حقوق لكلا الزوجين أو أحدهما .

القسم الثالث — فى إنهائه ، وطرائق ذلك الإنهاء ، واختلاف أحكامها باختلافها ثم بيان الآثار التى تتركها عقدة الزواج بعد فصمها ، ومتى تزول العلاقة الزوجية وكل آثارها .

والقسم الرابع — فى بيان حقوق الأولاد (وهم ثمرة الزواج) ، وعلى من تجب هذه الحقوق وما مداها .

وقد عنيت فى بحثى بدراسة القوانين الموضوعية التى جددت المعمول به فى المحاكم الشرعية ، وبيان مصادرها الفقهية والبواعث التى دعت إليها والنتائج التى أنتجتها ، والموازنة بينها وبين المعمول به قبلها ، فدرست المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، والمرسوم بقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ ، والمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

ولم تفتنى فى أثناء دراسة المذهب الحنفى فى الزواج أن أقابل بينه وبين المذاهب الأخرى ، إن كان فى المقابلة تنبيه لناحية إصلاحية ، أو نظرية فقهية

وبينت فى هذه الدراسة الأدلة التى تعتمد عليها الأنظار المختلفة ، فإن الأدلة روح الفقه ، ودراستها رياضة للعقل وتربية له ، وتكوين للملكة الفقهية لدى طالب القانون ، ولقد كان البحث فى كثير من الأحيان يصل بنا إلى بيان عدم صلاحية المعمول به فى بعض المسائل ، ووجوب أن يستبدل به ما هو خير .

فلم يكن الكتاب بهذا تقريراً لما هو كائن فى العمل فقط ، بل هو منير أيضاً لما ينبغى أن يكون . فهو مبين للحاضر ، ويضىء فى كثير من أبوابه إلى المستقبل ، أو ما يجب أن يكون عليه ؛ وإن ذلك البيان فى إبانه ، لأن الحان تكونت لوضع قانون مسطور شامل لكل مسائل الزواج وما يعمل به .

والكتاب بعد ذلك سهل العبارة قريب الفهم لمتناوله ، قد رجوت أن يكون فى قدرة الطالب تحصيله ، وأن يجد فيه العالم الباحث فائدة يبتغيها أو ضالة كان ينشدها .

والله سبحانه وتعالى هو المستعان فأضرع إليه جلت قدرته أن يمدنى بالعون والتوفيق ، إنه نعم المولى ونعم النصير .

ذو القعدة سنة ١٣٦٨

سبتمبر سنة ١٩٤٨ محمد أبو زهرة

تمهيد

١ – منذ تولى الإمام أبو يوسف منصب القاضى الأول فى بغداد ، صار المذهب أبى حنيفة المنزلة الأولى فى الحكومة الإسلامية ، لأن أبا يوسف تلميذ أبى حنيفة وصفيه – كان لا يولى القضاء فى الأقاليم الإسلامية الخاضعة لسلطان العباسيين ، إلا من كان من فقهاء العراق الذين اختاروا مسلك أبى حنيفة طريقاً لاستنباطهم ، أو اتبعوا ما وصل إليه من حلول فى المسائل التى يبتلى بها الناس ، وبذلك صار ذلك المذهب هو مذهب الدولة العباسية ، يؤيده سلطانها ، وينفذ إلى الأقاليم عن طريقها ، وانتشر فى أقاصى البلاد حتى وصل إلى الصين ، وبقى هنالك إلى اليوم ، إذ أن مسلمى الصين جميعاً يتخذونه مذهباً لهم ، ولهذا شرق وغرب ذلك المذهب الجليل .

٢ – ولقد كانت مصر من الأقاليم الإسلامية التى كان مذهب أبى حنيفة هو مذهبها الرسمى ، وأول قاض حنفى تولى قضاءها هو إسماعيل بن اليسع الكندى ولاه المهدى ، وكان يرى إبطال الأوقاف ، اتباعاً لأبى حنيفة ، ولم يكن ذلك سائغاً فى مصر ، ولذلك ثار كبير فقهائها الليث بن سعد ، وذهب إلى ذلك القاضى ، وقال له : جئتك مخاصماً لك ، فقال له : فى ماذا ؟ قال : فى إبطالك أحباس المسلمين ، وقد حبس رسول الله ﷺ وأبو بكر ، وعمر ، وعثمان ، وعلى ، والزبير ، فمن بعد ، ثم كتب للمهدى كتاباً جاء فيه : « إنك وليتنا رجلا يكيد لسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أظهرنا ، مع أنا ما علمناه فى الدينار والدرهم إلا خيراً » فعزله المهدى .

٣ – كان المذهب الحنفى ممكن السلطان بمقدار استمكان سلطان العباسيين فى مصر ، ولكن كان للمذهب الشافعى والمالكى سلطان فى الشعب ، لأن الشافعى أقام بمصر آخر حياته ، ودفن بها ، وكان لمالك تلاميذ كثيرون بمصر ، كعبد الرحمن بن القاسم ، وابن وهب ، وابن عبد الحكم وغيرهم كثير .

وبسبب هذا كان فى عهد الدولة الطولونية والإخشيدية قضاة من هذين المذهبين مع القاضى الحنفى ، وكانت رياسة القضاء بين هؤلاء الثلاثة ، يتولاها الحنفى تارة والشافعى أخرى ، والمالكى ثالثة .

ولما تولى الفاطميون أمر مصر جعلوا المذهب الرسمى هو مذهب الشيعة الإسماعيلية ، وأغضوا عن انتشار المذهبين المالكى والشافعى ، وحاربوا المذهب الحنفى ، لأنه مذهب خصومهم العباسيين ، ولم يكن له فى الشعب مكانة المذهبين الأولين ، فيغضوا عن محاربته إرضاء للشعب .

ولما قامت الدولة الأيوبية بعد الفاطمية ، مكنت للمذهب الشافعى ، والمذهب المالكى ، ولم تقم قائمة للمذهب الحنفى فى أول أمرها ، حتى إذا ولى نور الدين الشهيد أمر الشام — وكان حنفياً — نشر المذهب فى ربوعه ، ثم ذاع فى مصر بين الشعب وإن كان فى ذلك دون المذهبين السابقين .

ولقد كان يدرس بالمدارس التى أنشأها الأيوبيون ، ولما كثرت المدارس فى آخر عهدهم ، ثم فى عهد المماليك من بعدهم ، شملت الدراسة المذاهب الأربعة ولم تخص مذهباً بالدراسة دون غيره ، وتوج المماليك عهدهم بأن جعلوا قضاة من المذاهب الأربعة .

٤ — ومنذ حكم محمد على مصر ، اقتصر القضاء فى آخر الأمر على المذهب الحنفى ، وصار له السلطان الأول فى الدولة ابتداء .

ووقت أن كان القضاء يسير على أحكام الشريعة الإسلامية كان يقضى بهذا المذهب فى كل الوقائع ، سواء أكان ذلك يتعلق بنظام الأسرة ، أم بنظام المدينة ، أم يتصل بمعاملات الناس بعضهم مع بعض .

ولقد تواردت بعد ذلك القوانين الأوربية على مصر ، وصار القضاء بها فى المعاملات المالية ، وصارت هى مصدر الزواجر الاجتماعية ، وتنظيم الدولة فى عامة شئونها ، ومنذ ذلك الحين اقتصر العمل بمذهب أبى حنيفة على شئون الأسرة ، سواء أكان فى الزواج ، أم فى توزيع الثروة بين آحادها أو ما يقارب ذلك ، ولذلك صار العمل بالمذهب الحنفى فى الزواج والولاية ، والهبات والوصايا والأوقاف والمواريث .

٥ — ولكن تطبيق المذهب الحنفى وحده فى مصر قد صحبه أمران ضج بالشكوى منهما ذوو الفكر فى مصر : أحدهما شكلى ، وثانيهما موضوعى .

فأما الشكلى فهو أن القضاة كانوا يعتمدون فى أقضيتهم على قانون غير مسطور لم تدون مواده . ولم تجمع فروعه تحت كليات جامعة ، وترك للقضاة أن يبحثوا عن أرجح الأقوال فى المذهب ، وأرجح الأقوال منثور فى بطون الكتب ، ولم يجمع المصنفون على أرجحية الكثير منها ، فقد يرجح مؤلف مالا يرجح آخر . وقد يختار للفتوى بعض المفتين مالا يختاره الآخر ، فكان لقضاة وسط بحر لجى من الفتاوى والتخريجات وأقوال مجتهدى المذهب ، وترجيحات متباينة .

وإذا كان القاضى المختص قد أوتى بمقتضى ثقافته قدرة على أن يعرف (وإن كان فى غير يسر) الراجح فى وسط شتيت من الترجيحات ، فالرجل المثقف بغير ثقافة القاضى لا يستطيع معرفة ذلك ولا تعرفه ، ومن الخير للناس أن يكون عند المتعلمين قدرة على معرفة قوانينهم ، وخصوصاً قانون الأسرة المنظم للعلاقة بين آحادها .

أما العيب الموضوعى فهو أن العمل بمذهب أبى حنيفة قد كشف عن مسائل ليس فى الأخذ بها ما يتفق مع روح العصر ، وفى غيره من المذاهب ما يوافق روح العصر أكثر منه ، وليس فى ذلك قدح لأبى حنيفة وأصحابه والمخرجين فى مذهبه ، فإنهم مجتهدون متأثرون بأزمانهم ؛ والفتاوى إذا لم تعتمد على نص تكون أقيستها مستمدة من حكم العرف فى كثير من الأحوال ، وإن الاجتهاد فى هذه الحال رأى ، والرأى يخطىء ويصيب ، ورحم الله أبا حنيفة إذ أجاب أحد تلاميذه عندما سأله « هذا الذى تفتى به هو الحق الذى لاشك فيه » ؟ فقال « والله لا أدرى ، فقد يكون الباطل الذى لاشك فيه »

٦ — لهذين العيبين اتجه المصلحون وذوو الرأى وأولو الأمر إلى العمل على تسطير قانون للأسرة ، يستنبط من المذاهب الأربعة المشهورة ، ويختار منها ، بحيث يؤخذ من كل مذهب ما يكون أصلح للناس وأقرب إلى روح العصر .

وانتقل التفكير من ندوة العلماء والمفكرين إلى دواوين الدولة ، فألفت فى أوائل سنة ١٩١٥ ، لذلك الغرض لجنة من كبار العلماء ، وكانوا ممثلين للمذاهب الأربعة .

وقد سارت تلك اللجنة فى عملها الجليل الخطير يهديها نور الله ، وتكلؤها عنايته ، وأتمته وشيكاً ، ولكنها رأت من الحسن أن تعرضه على جمهرة العلماء ، وذوى الفكر من الأمة ليمدوها بملاحظاتهم ، فنشرت المشروع بين رجال القضاء والمحاماة وذوى العلم الذين مارسوا المسائل الفقهية والقانونية.

فجاءتها انتقادات ، ومقترحات وعصفت على عملها عواصف ممن تضيق صدورهم بكل جديد وإن كان يستمد من القديم عناصر تكوينه ووحدات تأليفه ، إذ يحسبون أن ما هم عليه وحده هو التدين ، والأخذ بالعروة الوثقى ، ولقد صعب على اللجنة التوفيق بين عملها واعتراض هؤلاء المعترضين ، وأحوال البلاد فى ذلك الإبان ما كانت تسمح بالإقدام على عمل أثار اعتراضات لبست لبوس الدين ، إذ الحرب العالمية الأولى كانت فى أشد أدوارها ، ولم تكن ثمة هيئة نيابية تشارك الحاكمين فى تحمل التبعة .

٧ — لهذا نام مشروع اللجنة ، وطوى فى سجلات وزارة العدل ، حتى واتت الأحوال وسنحت فرصة ، فظهر جزء قليل منه مع تغير طفيف فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، وكان ذلك من عمل لجنة مؤلفة من حضرات أصحاب الفضيلة شيخ الجامع الأزهر ، وشيخ المالكية ، ورئيس المحكمة العليا الشرعية ، ومفتى الديار المصرية ، ونائب السادة المالكية ، وغيرهم من العلماء ، وقد جاء تأليف اللجنة بهذا النص فى ديباجة القانون ، فكان النص على ذلك التأليف ، وذكر شيخ المالكية ونائبه إعلاماً بأن ذلك القانون مأخوذ من مذهب مالك كله ، لأنه ذكر ذلك بالنسبة للمالكية وحدهم (١) .

وخلاصة ما جاء بذلك القانون :

(ا) أنه قد اعتبر نفقة الزوجية ديناً من وقت الامتناع ، ولو لم يكن ثمة قضاء أو تراض ، وكذلك نفقة العدة ، ولم يكن لذلك أمد ، ولكن عدل ذلك من بعد ، وجعلت الدعوى فى نفقة الزوجية لا تسمع لأكثر من ثلاث سنوات سابقة على الطلب .

وأجاز لزوجة العاجز عن النفقة طلب الطلاق ، وتطلق عليه ،

---

(١) سنبين تمام البيان أن كل أحكام هذا القانون فى مذهب مالك وإن اتفق غيره معه فى بعضها .

بعد التأجيل شهراً ، وكذلك زوجة الممتنع عن الإنفاق ، ولكن من غير تأجيل ، وذلك إذا لم يكن له مال ظاهر ، وأجاز مثل ذلك لزوجة الغائب إن لم يكن له أيضاً مال ظاهر ، وكل ذلك فى قيود وحدود عينها ، سنبينها فى موضعها بعونه تعالى .

والطلاق فى هذه الأحوال طلاق رجعى ، بحيث يكون للزوج حق الرجعة إذا زال داعى الطلاق فى أثناء العدة ، ورغب فى العودة إلى أهله .

(ب) وأعطى الزوجة حق طلب التفريق إذا وجدت بزوجها عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ، ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص ، سواء أكان ذلك بالزوج قبل العقد ، ولم تعلم به عند إنشائه ، أم حدث بعد العقد ولم ترض به ، فإن تزوجته عالمة بالعيب ، أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها ، لا يجوز طلب التفريق وإن طلبته لا يحكم لها ، واعتبر التفريق فى هذه الحال طلاقاً بائناً ويستعان بأهل الخبرة فى معرفة العيب ومداه من الضرر .

(ج) واعتبر ذلك القانون المفقود فى حكم الميت بالنسبة للزواج إذا لم يعد بعد أربع سنوات من وقت رفع الأمر إلى القاضى ، فأجاز للزوجة أن تعتد عدة الوفاة بعد تلك المدة ، ولها أن تتزوج غيره بعد مضى المدة (١) وإذا عاد المفقود بعد زواجها كانت له إذا لم يدخل بها الثانى ، وإلا فهى للثانى ، على تفصيل ليس هذا موضعه

(د) ولم يستفد الرجل من هذا القانون إلا شيئاً واحداً ، وهو سد الطريق على المطلقات ذوات الأقراء حتى لا يكذبن وينكرن الحنض ، ويستمررن فى استدرار النفقة ، وقد رأين الأقراء [illegible] ت مرات كثيرة ، وذلك لأن مذهب الحنفية جعل القول قو[illegible] فى [illegible]

(١) هذا هو ما نص عليه فى المادة السابعة من ذلك القانون ، وقد ألغيت بالمادة الثامنة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بوضع قاعدة [illegible]د فى هذا المرسوم .

من غير قيد ولا شرط ، ولم يجعل لذلك أمداً محدوداً ، فجعل القانون أقصى الأمد ثلاث سنوات ، تبتدىء ، لغير المرضع والمرضع التى تحيض من وقت الطلاق ، وللمرضع التى لا ترى الحيض فى أثنائه من نهاية الرضاع (١) والمدة تكون بثلاث سنين إذا لم تمر سنة بيضاء تذكر أنها لم تر الدم فيها فإن العدة تنتهى بها .

٨ — هذه خلاصة موجزة أشد الإيجاز ، لما جاء به ذلك القانون ، وكله من مذهب مالك رضى الله عنه ، وقد تلقاه الناس بارتياح ، فكان ذلك مشجعاً لذوى الرأى فى الدولة على السير خطوات واسعة فى سبيل تنقيح قانون الأسرة بتغذيته من المذاهب الأربعة ، وسائر الآراء فى الفقه الإسلامى .

وكان أول قانون صدر بعد ذلك هو القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ ، وكان ذلك القانون فى مادتين اثنتين فقط ، ومضمونهما أنه لا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة ، وسن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة ، وأنه لا تجوز مباشرة عقد زواج ، ولا المصادقة على زواج أسند إلى زمن ماض مالم تكن سن الزوجين هى هذه السن المحدودة .

وإن ذلك القانون وإن كان موجزاً فى مبناه هو بعيد الأثر فى نتائجه ، وقد تلقاه الكثيرون بالنقد والتزييف ، وقامت مساجلات قلمية فيها صخب وجلب ، وفيها حجج وأدلة ، وهو لم يعتمد على رأى من آراء الأئمة أصحاب المذاهب ، بل على رأى لابن شبرمة ، وعثمان البتى ، وأبى بكر الأصم ، فقامت الضجة لذلك ، واشك الكثيرين فى أن تطبيقه يؤدى إلى إصلاح وتهذيب ، أو على الأقل لم تكن ثمة حاجة إليه .

---

(١) كان هذا حكم المادة الثالثة ، عدلت تلك المادة بمرسوم بقانون صادر بتاريخ ٣٠ مايو سنة ١٩٢٦ وجعلت أقصى المدة سنة واحدة بدل ثلاث سنوات ، وضمن ذلك القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وذلك التعديل لم يعتمد فيه على مذهب من المذاهب الأربعة بل على حق ولى الأمر فى تخصيص القضاء .

ولقد سارت سفينة القانون فى ذلك البحر اللجى من النقد العنيف ، ولكنها انتهت إلى بر السلامة والقرار ، وألفه الناس بعد أن استوحشوا منه زماناً ليس بالقصير .

٩ — ولقد كان إلف الناس له بعد نفورهم منه سبباً فى أن وجدت دعوات إلى إصلاح آخر جرىء ، فألفت فى أكتوبر سنة ١٩٢٦ لجنة مؤلفة من رجال ذوى جرأة ، وجلهم من تلاميذ الأستاذ الإمام الشيخ محمد عبده الذين تأثروا بدعواته ، فوضعت اقتراحات لم تكن مقيدة بالمذاهب الأربعة لا تعدوها ، بل تجاوزت ذلك النطاق إلى آراء فقهاء الإسلام عامة تقتبس منها ما تراه أنفع للأسرة ، بل تجاوزت ذلك ، وارتقت إلى الكتاب والسنة تستنبط منهما ، ولو ناقضت فى ذلك ما قاله السابقون ، وبعض ما انتهت إليه مما كان الأستاذ الإمام يدعو إليه فى دروسه ، أو على التحقيق كان يدعو إلى التفكير فيه .

وخلاصة ما تقدمت به هذه اللجنة هو :

(ا) أن تقيد رغبة الرجل فى تعدد الأزواج ، فاشترطت لتزوج الرجل أخرى ، ألا يعقد الزواج أو يسجل إلا بإذن القاضى الشرعى ، ومنع القضاة من الإذن لغير القادر على القيام بحسن العشرة ، والإنفاق على أكثر ممن فى عصمته ، ومن تجب نفقتهم عليه من أصوله وفروعه وغيرهم .

(ب) وأنه لا يقع طلاق المكره ، ولا السكران ، ولا الطلاق المعلق إذا قصد به الحمل على شىء أو المنع منه ، وأن الطلاق المقترن بالعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة ، وأن كنايات الطلاق ، وهى ما تحتمل الطلاق وغيره لا يقع الطلاق بها إلا بالنية ، وأن كل طلاق رجعى إلا بالطلاق المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال « وما نص القانون على أنه بائن » .

(جـ) وأنه إذا اشترطت الزوجة فى عقد الزواج شرطاً على الزوج ، فيه منفعة لها ، ولا ينافى مقاصد العقد ، كألا يتزوج عليها ، أو ألا ينقلها إلى بلدة أخرى صح الشرط ولزم ، وكان لها حق فسخ الزواج إذا لم يف لها بالشرط ولا يسقط حق الفسخ إلا إذا أسقطته ، أو رضيت بمخالفة الشرط .

(د) وأن الزوجة إذا ادعت إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة عادة بين أمثالها ، وطلبت التفريق طلقها القاضى طلقة بائنة ، إن ثبت الضرر ، وعجز عن الإصلاح بينهما ، وإن لم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين ، وقضى بما يريانه ، وسن لها طريقاً يسلكانه ، على تفصيل فى ذلك .

هـ) وأن لزوجة من غاب سنة فأكثر أن تطلب الطلاق بائناً ، ولو ترك لها مالا تستطيع الإنفاق منه ، وإن أمكن وصول الرسائل إليه ضرب له القاضى أجلا ، فإن لم يحضر للإقامة معها ، ولم ينقلها إليه ، فرق القاضى بينهما بطلقة بائنة ، وجعل ذلك أيضاً لزوجة المحكوم عليه بالحبس ثلاث سنوات فأكثر إذا مضت سنة من تاريخ حبسه .

وأن دعوى النسب لا تسمع إذا ثبت عدم تلاق الزوجين من حين العقد ، كما لا تسمع دعوى نسب ولد أتت به بعد سنة من غيبة الزوج إذا ثبت عدم التلاقى بينهما فى هذه المدة ، ولا تسمع أيضاً دعوى النسب لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها ، إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة .

(ز) وأن النفقة تقدر بحسب حال الزوج يسراً وعسراً ، مهما تكن حال الزوجة ، وأنه لا تسمع الدعوى بنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق .

(ح) وأن للقاضى أن يأذن بحضانة الصغير بعد سبع سنوات إلى تسع ، والصغيرة بعد تسع إلى إحدى عشرة .

١٠ — هذه خلاصة ما اقترحته اللجنة ، وبعضه اختيار لأحد قوانين

مصححين من مذهب الحنفية ، وبعضه من المذاهب الثلاثة ، وبعضه من أقوال ابن تيمية وابن القيم . وبعضه ابتدعت فيه اللجنة تبعاً لما أثاره الأستاذ الإمام محمد عبده رحمة الله تعالى عليه فى دروسه .

وقد قامت ضجة شديدة حول هذا المشروع تجاوبت أصداؤها فى دار النيابة ، وكان من آثارها أن نام المشروع فى أضابير وزارة العدل إلى أن استيقظ فى سنة ١٩٢٩ ، فقد صدر المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ واقتصر فى هذا القانون على ما جاء بالمذاهب الأربعة ، ولم يتجاوزه ، فأخذ بالمقترحات السابقة مع بعض التعديل ، إذ كانت مستقاة من هذه المذاهب ، وترك ما لم يكن فى هذا النطاق ، إلا فى الطلاق بلفظ الثلاث ، والطلاق المعلق ، واطرحت فكرة منع تعدد الزوجات ، وما من شأنه أن يؤدى إليها ، كما اطرح الإلزام بكل شرط تشترطه الزوجة ، لأن ذلك قد يؤدى إلى العبث بالحياة الزوجية .

١١ — ولم يقف الأمر عند هذا الحد لأن النفوس متطلعة إلى الإصلاح والسير فى طريقه إلى أقصى مداه . ففى سنة ١٩٣٦ التمست وزارة العدل تأليف لجنة من كبار العلماء لوضع قانون شامل لأحكام الأسرة ، سواء أكانت تتعلق بالعلاقات بين آحادها أم بالتنظيم المالى لثروتها ، ووافق مجلس الوزراء على تكوين هذه اللجنة فى ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٦ .

سارت اللجنة فى عملها وابتدأت بالتنظيم المالى للأسر وأرجأت الزواج وما يتصل به ، لسبق الإصلاح فيه فى القوانين التى أشرنا إليها ، وقد أصابت الجوهر والصميم .

ثم اتجهت اللجنة إلى الميراث والوصايا والأوقاف . وأول ثمرات عملها كان فى الميراث ، فقد صدر به القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، وابتدأ العمل به بعد شهرين من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية ، وكان ذلك فى ١٢ من أغسطس سنة ١٩٣٤ وقد نظم أحكام الميراث المعمول بها تنظيما كاملا .

وثانى الثمرات كان القانون المنظم لبعض أحكام الوقف وهو القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ولم ينظم كل أحكام الوقف بل عالج بعضها فألغى نظرية

تأبيد الوقف في غير المسجد . وألغى نظرية اللزوم في غير المسجد وما وقف عليه ، وهكذا أتى بجديد في جوهر الأوقاف ، ولا ندرى أكان ذلك تغييراً إلى خير أم شر ، وترك ما لم ينص عليه إلى ما كان معمولا به من قبل . ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الذى ألغى الوقف الأهلى .

وثالث الثمرات كان قانون الوصية ، وهو القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ وهو قانون عام شامل لكل أحكام الوصية تقريباً . وقد أصاب الجوهر فيما أتى به من تعديلات ، مثل إجازة الوصية لوارث ، ومثل إيجاب الوصية لبعض الأقربين من ذرية الميت ، وفيما أتى به من جديد صالح ، وغير صالح .

وبعد أن أتمت اللجنة عملها في تنظيم ثروة الأسرة ، وطرائق توزيعها ، اتجهت من بعد ذلك إلى الزواج وما يتصل به ، فأزمعت أن تنشىء فيه قانوناً مسطوراً منظماً لأحكامه ، مستمداً مما تراه خير ما في المذاهب الإسلامية .

وقد ألفت لجان مختلفة في أول سنة ١٩٥٦ لتبديل القوانين المصرية وكان من بينها قوانين الأحوال الشخصية ، وقد عرض ما أنتجته لجنة الأحوال الشخصية على بعض أهل الخبرة من فقهاء الشريعة ، وقد نقح فيه وهو الآن بمكتب رياسة الجمهورية . ونسأل الله سبحانه وتعالى أن يجعله أكثر توفيقاً وإصلاحاً .

والآن تراجع عدة مشروعات للأحوال الشخصية من بينها هذا المشروع وتدرس هذه المشروعات مع قانون الأسر في سوريا ، وقد ألفت لجنة من ثلاثة أعضاء عينت واحداً منهم وزارة العدل السورية ، وواحد عينته وزارة العدل المصرية والثالث مستشار من مجلس الدولة ليخرج القانون موحداً للجمهورية العربية المتحدة ، وقد انتهت إلى مشروع هو الآن في طريق دراسة جديدة ، وبعد الانفصال الحكومى ألفت لجنة لإعادة النظر في المشروع ، وهى الآن قائمة بعملها ولكن في بطء ، وقيل إنه بعد تمام النظر سيعرض على الملأ من المفكرين ليبدوا آراءهم فيه . وإن ذلك يكون خيراً كثيراً إذ يمحص بالنقد العلمى ، فيكون قانوناً جامعاً صالحاً والله ولى التوفيق .

الزواج

١٢ — **تعريفه** : يعرفه بعض الفقهاء بأنه عقد يفيد حل استمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع ، ويعرفه صاحب الكنز بأنه عقد يرد على ملك المتعة قصداً :

١٣ — والتعريفان متقاربان فى المعنى ، وللفقهاء تعريفات أخرى ، كلها يدور حول هذا المعنى ، وإن اختلف التعبير ، وهى تؤدى فى جملتها إلى أن موضوع عقد الزواج امتلاك المتعة على الوجه المشروع ، وإلى أن الغرض منه فى عرف الناس والشرع هو جعل هذه المتعة حلالا ، ولا شك أن ذلك من أغراضه ، بل أوضح أغراضه عند عامة الناس ، ولكن ليست هى كل أغراضه ، ولا أسمى أغراضه فى نظر الشارع الإسلامى ، بل إن غرضه الأسمى هو التناسل وحفظ النوع الإنسانى وأن يجد كل من العاقدين فى صاحبه الإنس الروحى الذى يؤلف الله تعالى به بينهما ، وتكون به الراحة وسط متاعب الحياة وشدائدها ، ولذلك قال تعالى « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً ، لتسكنوا إليها ، وجعل بينكم مودة ورحمة » .

والفقهاء أنفسهم لاحظوا هذا المعنى ، فقد قال السرخسى فى المبسوط : « ليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة ، وإنما المقصود ما بيناه من أسباب المصلحة ، ولكن الله تعالى علق به قضاء الشهوة أيضاً ، ليرغب فيه المطيع والعاصى ، المطيع للمعانى الدينية ، والعاصى لقضاء الشهوة بمنزلة الإمارة ، ففيها قضاء شهوة الجاه والنفوس ترغب فيها لهذا المعنى ، حتى تطلب ببذل النفوس وجر العساكر ، ولكن ليس المقصود بها فى الشرع قضاء شهوة الجاه بل المقصود بها إظهار الحق والعدل » .

وإذا كانت تعريفات الفقهاء لا تكشف عن المقصود من هذا العقد فى نظر الشارع الإسلامى فإنه يجب تعريفه بتعريف كاشف عن حقيقته ، والمقصود منه عند الشارع الحكيم ، ولعل التعريف الموضح لذلك أن نقول : « إنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة ، وتعاونهما ، ويحدد مالكليهما من حقوق وما عليه من واجبات » .

والحقوق والواجبات التى تستفاد من هذا التعريف هى من عمل الشارع لا تخضع لما يشترطه العاقدان ، ولذلك كان عقد الزواج عند أكثر الأمم تحت ظل الأديان لتكتسب آثاره قدسيتها ، فيخضع لها الزوجان عن طيب نفس ورضا بحكم الأديان .

١٤ — **حكمته** : مما تقدم يتبين أن الغرض من الزواج فى الإسلام ليس هو قضاء الوطر الجنسى ، بل الغرض أسمى من ذلك ، ولهذا اعتبره النبى صلى الله عليه وسلم سنة الإسلام ، فقال : « وإن من سنتنا النكاح » . وما كان الزواج سنة الإسلام ، لأن فيه قضاء الطبع الجنسى فقط ، بل لمعان اجتماعية ونفسية ودينية منها :

(ا) أن الزواج هو عماد الأسرة الثابتة التى تلتقى الحقوق والواجبات فيها بتقديس دينى يشعر الشخص فيه بأن الزواج رابطة مقدسة تعلو بها إنسانيته، فهو علاقة روحية نفسية تليق برقى الإنسان وتسمو به عن دركة الحيوانية التى تكون العلاقة بين الأنثى والذكر فيها هى الشهوة البهيمية فقط ، ولعل هذه الناحية النفسية الروحية هى المودة التى جعلها الله تعالى بين الزوجين وذكرها فى الآية السابقة على أنها من نعمه ، وهى التمازج النفسى الذى عبر الله سبحانه وتعالى عنه بقوله : « هن لباس لكم وأنتم لباس لهن » .

إذا ارتقت العلاقة إلى ذلك النحو من السمو ، كان الزواج ترويح النفس وإيناسها بالمجالسة والنظر ، وكما قال الغزالى فى فوائده « فيه إراحة للقلب ، وتقوية على العبادة ، فإن النفس ملول ، وهى من الحق نفور ، لأنه على خلاف طبعها ، فلو كلفت المداومة بالإكراه على ما يخالفها جمحت وثارت . وإذا روحت باللذات فى بعض الأوقات قويت ونشطت ، وفى الاستئناس بالنساء من الراحة مايزيل الكرب ، ويروح عن القلب ، وينبغى أن يكون لنفوس المتقين استراحات بالمباحات ، قال تعالى فى شأن الزوجة : « ليسكن إليها » .

(ب) والزواج: هو العماد الأول للأسرة كما نوهنا ، والأسرة هي الوحدة الأولى لبناء المجتمع ، فإذا كان الإنسان حيواناً اجتماعياً لا يعيش إلا في مجتمع ، فالوحدة الأولى لهذا المجتمع هي الأسرة ، فهي الخلية التي تتربى فيها أنواع النزوع الاجتماعي في الإنسان عند أول استقباله للدنيا ، ففيها يعرف ماله من حقوق ، وما عليه من واجبات ، وفيها تتكون مشاعر الألفة والأخوة الإنسانية ، وتبذر بذرة الإيثار ، فتنمو أو تخبو بما يصادفها من أجواء في الحياة العامة ، وفي الجملة إن المجتمع القوي إنما يتكون من أسر قوية ، لأنها وحدة البناء فيه .

(ج) وإن حفظ النوع الإنساني كاملا يسير في مدارج الرقي إنما يكون بالزواج ، فإن المسافدة لا تحفظ النوع من الفناء ، وإن حفظته لا تحفظه كاملا يحيا حياة إنسانية (١) واعتبر ذلك بالأمم التي قل فيها الزواج ، فإن نقصان سكانها يتوالى بتوالي السنين ، بينما يتكاثر سكان غيرها ممن يقدم آحادها على الزواج ، ولقد كان النبي صلى الله

---

(١) كانت الحرب العالمية الأخيرة بويلاتها سبباً في تشتيت الأسرة ، ووجود عدد كبير من الأطفال لا آباء لهم ولا أمهات ، فقامت على رعايتهم ملاجيء وكانت هذه فرصة مواتية الموازنة بين الطفل الذي يتربى بين أبويه ، والطفل الذي يتربى في الملاجيء ، من حيث النمو الجسمي والعقلي والعاطفي والخلقي . وقد انتهزها العلماء فرصة لهذه الدراسة . فوجدوا أنه من ناحية النمو الجسمي في السنة الأولى ينمو ابن الملجأ نمواً حسناً ربما كان خيراً من نموه بين أبويه لو تكفلاه ، بفضل الرعاية الصحية ، والغذاء الطبي ، ووجود الكفاية منه في الملاجيء الأوربية . وبعد مجاوزة العام الأول يدخل في التكوين الجسمي عامل العاطفة والنطق ، والتكوين العقلي ، وهنا نجد الطفل بين أبويه يفوق ابن الملجأ في ذلك وله أثره في الجسم ، فتقول مؤلفة كتاب أطفال بلا أسر : « وكلما وازنا بين أطفال الملجأ الذين تجاوزوا العام الأول وبين أطفال المنازل في مثل سنهم كانت نتيجة الموازنة ليست في صالح الأولين » . ثم تتكلم في نمو حاسة النطق فتبين سرعة نموها بانتظام في طفل الأسرة وتقول في ذلك . « بداية الكلام الحقيقي تنمو على أساس الصلة المباشرة بين الطفل ووالديه ، فالطفل يدرك بغريزته كل انفعال يثيرانه ، فهو يرقبهما ، ويقلد التعبيرات المختلفة التي تظهر على وجههما ، وهذا الانفعال العاطفي والتقليدي فيه من القوة ما يدفع إلى الكلام » وتقول في ختام كتابها « في خلال خمس السنين الأولى من حياة الطفل تعمل القوى الغريزية البدائية عند الطفل في نشاط واضح ، وفي علاقات الطفل الأولى بوالديه يستخدم هذه القوى ثم ينقلب عليها بإدماج نفسه في رغبات والديه ، فتتكبت ويكون الضمير اللوام ، ويبدأ الطفل حياة جديدة أساسها كبت الغرائز ومواءمتها ، (اقرأ كتاب أطفال بلا أسر) ترجمة محمد بدران ورمزي يابسي .

عليه وسلم يحث على طلب النسل بالزواج ؛ فقد روى معقل بن يسار ، أن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال يا رسول الله ، أصبت امرأة ذات حسن وجمال وحسب ومنصب ومال ، إلا أنها لا تلد ، أفأتزوجها ؟ فنهاه ، ثم أتاه الثانية ، فقال ، مثل ذلك ، ثم أتاه الثالثة فقال : « تزوجوا الودود الولود ، فإنى مكاثر بكم الأمم » .

(د) والزواج هو الراحة الحقيقية للرجل والمرأة على سواء ، إذ أن المرأة تجد فيه من يكفل لها الرزق ، فتعكف على البيت ترعاه وعلى الأولاد ترأمهم ، وفى ذلك ما يتفق مع طبعها ، وكل ما يتفق مع الغرائز هو الراحة ، وإن كان فى ظاهر من المشقة أحياناً . والرجل بعد لأواء الحياة ومتاعبها يجد فى بيت الزوجية جنة الحياة ، وكأنه واحة فى وسط صحراء الدنيا ومتاعبها ، ولولا الزواج لكان أفاقاً لا مأوى له ولا سكن ولا مستقر .

ولا نقصد بالراحة الاستنامة إلى المتع واللذات ، والامتناع عن التبعات ، والبعد عن التكليفات الاجتماعية ، فإن هذه هى الراحة الحيوانية ، إنما نقصد بالراحة راحة الإنسان الذى يسير فى مدارج الكمال ، وتعلو تبعاته بمقدار كماله ، ولذلك لا ننفى عن الزواج ما فيه من تبعات ، لأنها ضريبة الإنسانية العالية وتكليفها .

إنه بلا شك فى الزواج تبعات ، منها القيام بحق الأولاد ، والمجاهدة فى سبيل توفير أسباب العيش وتربيتهم ، وإنما تلك تبعات الكمال الإنسانى ، والبعد عن مهاوى الحيوانية

ولقد أدرك ذلك المعنى المستقيم الكتاب المسلمون الأولون ، فعدوا من فوائد الزواج هذه التبعات التى تنشأ من الكمال الإنسانى . ولذلك ذكر الغزالى أن من فوائده « مجاهدة النفس ؛ ورياضتها بالرعاية والولاية ؛ والقيام بحق الأهل ، والصبر على أخلاقهن واحتمال الأذى منهن ؛ والسعى فى إصلاحهن ، وإرشادهن إلى طريق الدين ، والاجتهاد فى كسب الحلال لأجلهن ، والقيام بتربية أولاده

فكل هذه أعمال عظيمة الفضل . فإنها رعاية وولاية ، والأهل والولد رعية ، وفضل الرعاية عظيم ، وإنما يحترز منها من يحترز خيفة القصور » .

وفى الحق إن الزواج مظهر من مظاهر الرقى الإنسانى ، وهو راحة النفس الفاضلة ومستقرها وأمنها وسكنها ، وهو تكليفات اجتماعية فمن أحجم عنه فقد فر من الواجبات الاجتماعية ونزل إلى أدنى درجات الحيوان .

١٥ — لهذه المعانى العالية فى الزواج حث الإسلام عليه ، ودعا الشباب إليه ؛ فقد جاء فى صحاح السنة عن ابن مسعود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « يا معشر الشباب ، من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، فإنه أغض للبصر ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم ، فإنه له وجاء » (١) .

وقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الدنيا متاع ، وخير متاعها ، المرأة الصالحة » وعن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ألا أخبركم بخير ما يكنز المرء ؟ المرأة الصالحة . إذا نظر إليها سرته ، وإذا غاب عنها حفظته ، وإذا أمرها أطاعته » .

وعن أنس أن نفراً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال بعضهم لا أتزوج ، وقال بعضهم أصلى و لا أنام وقال بعضهم أصوم ولا أفطر فبلغ ذلك النبى صلى الله عليه وسلم ، فقال : « ما بال أقوام قالوا كذا وكذا ، لكنى أصوم وأفطر ، وأصلى وأنام ، وأتزوج النساء . فمن رغب عن سنتى فليس منى » .

وروى قتادة أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن التبتل (أى عدم الزواج) ثم قرأ قتادة — « ولقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم أزواجاً وذرية » .

---

(١) هذا الحديث مجمع عليه من أصحاب السنن الست ، والمراد بالباءة التكليفات اللازمة للنكاح من إعداد البيت ، والقدرة على الإنفاق ، والوجاء مأخوذ من وجا بمعنى قطع أى أن الصوم قاطع للشهوات ، وفاطم لنفس من لم يستطع الزواج ، وذلك لأن الصوم يلقى روحانية فى النفس ، ويقوى الإرادة وفى ذلك كف للنفس عن الحرام .

الوصف الشرعى للزواج

١٦ — نقصد بالوصف الشرعى ما يسمى فى اصطلاح الأصوليين بالحكم التكليفى ، وهو كون الزواج مباحاً ، أو مندوباً ، أو واجباً ، أو فرضاً ، أو مكروهاً أو حراماً (١) .

والوصف الشرعى للزواج يختلف باختلاف حال المكلف من حيث قدرته على القيام بواجباته ، ومن حيث خشيته الوقوع فى الفاحشة ، وأحوال المكلف بالنسبة لذلك خمس ، ولذلك اعترى الزواج أكثر الأوصاف السابقة فى مذهب الحنفية .

(ا) فيكون فرضاً أحياناً ، وذلك إذا كان المكلف يتأكد الوقوع فى الزنى إذا لم يتزوج ، وهو قادر على كل نفقات الزواج ، ويعدل مع أهله إن تزوج ، وذلك لأنه فى هذه الحال متيقن الوقوع فى الزنى إن لم يتزوج ، وترك الزنى لازم لزوماً لاشك فيه وطريقه الزواج ، ولا ظلم فيه لأحد ، فيلزم ويفترض ، لأنه من المقرر فى الشريعة الإسلامية أن مالا يتحقق الغرض إلا به فو فرض .

(ب) ويكون واجباً إذا كان المكلف قادراً على الزواج وإقامة العدل مع أهله ، ويغلب على ظنه الوقوع فى الزنى إن لم يتزوج ، والإلزام فى هذه الحال دون الإلزام فى الحال السابقة ، إذ اللزوم فى الواجب أقل مرتبة من اللزوم فى الفرض ، لأن الفرض أدلته قطعية وأسبابه قطعية ، أما الواجب فإن أدلته ظنية ، وأسبابه لا تنتج إلا ظناً ، وعلى ذلك يكون الزواج عند ظان الوقوع فى الزنى واجباً يغلب على الظن الوقوع فى الإثم بالترك .

(ج) وإذا كان المكلف غير قادر على نفقات الزواج أو يقع فى الظلم

---

(١) المباح : ما لم يطلبه الشارع ولم يمنعه . والمندوب . ما طلبه الشارع من غير إلزام ، أى لا يكون إثم على من لم يفعله . والواجب ما طلبه الشارع وألزم به ولكن ثبت بدليل ظنى فيه شبهة والفرض ما طلبه الشارع بإلزام وثبت الطلب بدليل لا شبهة فيه . والحرام : ما ثبت النهى عنه بدليل قطعى لا شبهة فيه ، والمكروه هنا : ما ثبت النهى عنه بدليل ظنى فيه شبهة .

قطعاً إن تزوج يكون الزواج حراماً ، لأنه طريق للوقوع فى الحرام وكل ما يتعين ذريعة للحرام يكون حراماً ، ولكن حرمته تكون لغيره .

(د) وإن كان المكلف يغلب على ظنه أنه يقع فى الظلم إن تزوج يكون الزواج فى هذه الحال مكروهاً ، خشية أن يؤدى إلى الظلم المتوقع إذا تزوج .

وقد يرد سؤال : إذا كان الشخص فى حال نفسية يقطع فيها بالزنى إن لم يتزوج ، ويقطع فيها بالظلم إن تزوج ، فماذا يكون ؟ أيغلب جانب الحرمة أم يغلب جانب الفرض ؟ والجواب : إن المحرم لا يبيح المحرم ، فالزنى لا يبيح الزنى ، إنما عليه أمر لازم لابد من نفاذه وهو ألا يظلم ؟ وألا يزنى . وعليه أن يقوى عزيمته فلا يزنى أو يهذب نفسه فلا يظلم ؟ وليقم بأسهل الأمرين على نفسه ولعل النبى صلى الله عليه وسلم قد قدر مثل هذه الحال فقال فى ختام الحديث الذى طالب فيه الشباب بالزواج : « ومن لم يستطع فعليه بالصوم » فقد أمر فى هذه الحال بالصوم لأن الصوم بروحانيته يفطم النفس عن شهواتها ، وهو يقوى العزيمة والإرادة ، فيقدع شرور هواه ، وفى الجملة من تردد بين حرامين بسبب هواه ، فالواجب ألا يقع فى واحد منهما ، وإن وقع فقد تردى فى مهاوى الإثم .

(هـ) وإذا كان الشخص فى اعتدال لا يقع فى الزنى إن لم يتزوج ولا يخشاه ، ولا يقع فى الظلم ولا يخشاه ، فإن فقهاء الحنفية يرون مع جمهور الفقهاء أن الزواج فى هذه الحال يكون مندوباً ، أى أنه يكون سنة ، يحسن فعله ولا يأثم إن لم يفعل ، والحقيقة أن هذه الحال هى الأصل ، وغيرها أمور عارضة ، ولذلك قرر فقهاء الحنفية أن الأصل فى النكاح أنه سنة أو مندوب أو مستحب ، على اختلاف العبارات الواردة فى الكتب ، وكلها بمعنى واحد تقريباً ، والفرضية والوجوب والكراهة والتحريم تجىء لأمور نفسية عارضة ترفع النكاح إلى مرتبة اللزوم ، أو تنزل به إلى درجة المحرم .

١٧ — هذا رأى الحنفية فى حال الاعتدال ، يقرون مع جمهور الفقهاء أن النكاح سنة ، وهناك رأيان آخران يخالفان ذلك الرأى .

أحدهما — أن الزواج فى هذه الحال مباح وليس بسنة ، وهو رأى عند الشافعية .

وثانيهما — أنه فرض ، وهو رأى الظاهرية . وقد استدل الظاهرية على فرضية الزواج فى حال الاعتدال بدليلين .

أولهما — أن النصوص وردت فى طلب الزواج والحث عليه بصيغة الأمر مثل قوله تعالى : « وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم » وقوله صلى الله عليه وسلم « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج » وصيغة الأمر فى أصل وضعها للطلب اللازم ، فهى تدل على الفرضية ما لم يأت نص يفيد أن الأمر لغير الفرض والطلب اللازم ، ولم يأت نص يدل على ذلك فتكون النصوص دالة على الفرضية ، ويزكى ذلك أحوال النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه إذ أنهم لازموا الزواج . ولم ينقطعوا عنه ولو كان مندوباً لأثر عنهم الانقطاع عنه .

ثانيهما — أن الشخص ، ولو كان فى حال اعتدال عرضة للزنى ، ومن الواجب أن يحتاط لنفسه فيحصنها بالزواج ، فيكون مطلوباً ، كالنظر إلى عورة الأجنبية . هو حرام . لأنه قد يؤدى إلى الزنى ، ويعرض النفس لطلبه ، وهو فى ذلك احتمال .

هذان هما دليلا الظاهرية ، أما ما استدل به الرأى عند الشافعية وهو كون الزواج مباحاً فهو أمران أيضاً :

(أحدهما) أن النصوص عبرت فى كثير من الأحيان عن الزواج بالحل وهو فى معنى الإباحة ، كقوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » وإذا كان لفظ الحل فى معنى الإباحة ، فلا يدل على الوجوب ولا على الندب ، وألفاظ الأمر الواردة فى القرآن والحديث إنما تكون فى حال تيقن الوقوع فى الزنى أو غلبة الظن .

(ثانيهما) أن النكاح من جنس الأعمال الدنيوية . ولذلك يقع من المسلم وغير المسلم ، والبر والفاجر ، وفيه قضاء الشهوة ، وهو مما يميل إليه الطبع ، فيكون من يقوم به إنما يعمل لنفسه كالأكل والشرب ، وذلك من خواص المباح ، ولا يعلو النكاح إلى مرتبة العبادات بل هو دونها ، ولذلك كان الاشتغال بالنوافل أفضل إن لم يخش الوقوع فى الزنى .

هذه أدلة بعض الشافعية ، وقد سبقت أدلة الظاهرية ، أما أدلة الجمهور فى كون النكاح مندوباً فى حال الاعتدال فهى تتجه اتجاهين ، لأن رأى الجمهور فيه دعويان : إحداهما أن الزواج مطلوب والثانية أن طلبه على وجه الندب ، والأولى تعارض دعوى بعض الشافعية ، والثانية تعارض دعوى الظاهرية .

اما اثبات الاولى :

١ — فما ورد من الحث عليه من الأوامر التى نقلناها آنفاً ؛ وما ثبت من صحاح السنة من تحريض النبى أصحابه عليه ، وقد ذكرنا طائفة منها عند الكلام فى حكمة الزواج ، ولقد قال النبى صلى الله عليه وسلم : « من أراد أن يلقى الله طاهراً مطهراً فليتزوج الحرائر » وإن النبى صلى الله عليه وسلم قد قرر أن النكاح من سنته ، فهو مطلوب ، لأن سنته مطلوبة ، وقد قدمه على النوافل عندما بلغه أن بعض الصحابة لا يتزوج ، ويصوم النهار ويقوم الليل .

٢ — ولقد داوم النبى صلى الله عليه وسلم على الزواج ، حتى قبضه الله سبحانه وتعالى إليه ؛ ولو كان غير مطلوب أو كان التخلى عنه إلى النوافل أفضل ، ما تحرى هذه المداومة ، وكذلك داوم عليه أكثر أصحابه رضى الله عنهم أجمعين .

٣ — وإن الزواج طريق لما هو أعظم من القيام بالنوافل ، لأن صيانة النفس عن الفحشاء ، والقيام على شئون الأهل والأولاد أفضل من النوافل ، وما أحسن ما قاله كمال الدين بن الهمام فى الرد على بعض الشافعية :

« تأمل ما يشتمل عليه النكاح من تهذيب الأخلاق ، وتوسعة الباطن بالتحمل فى مباشرة أبناء النوع ، وتربية الولد ، والقيام بمصلحة المسلم العاجز والنفقة على الأقارب ، المستضعفين ، وإعفاف الحرم ونفسه ، ودفع الفتنة

عنه وعنهن . ثم الاشتغال بتأديب نفسه وتأهيله للعبودية ، ولتكون هى لتأهيل غيرها » .

وأما إثبات الثانية :

وهو أن الطلب للندب لا للإلزام القاطع حتى يكون فرضاً واجباً ، فهو أن النبى صلى الله عليه وسلم طلب من الشاب غير القادر على نفقات الزواج الاستعانة بالصوم ، وما كان الصوم مطلوباً طلب إلزام ، بل كان إرشاداً ، فدل هذا على أن صيغة الطلب للزواج التى تقابل طلب الصوم ليست للإلزام إذ لو كان الزواج لازماً للزم أن يكون مقابله لازماً ، ولم يقل ذلك أحد .

وإن بعضاً قليلا من الصحابة لم يتزوج ، وقد علم ذلك النبى صلى الله عليه وسلم ولم ينكره عليهم ، وإن كان قد حثهم على الزواج مرشداً .

والشريعة الإسلامية قد وصلت إلينا كاملة ، ولم يعد من فرائضها النكاح ، ولو كان فرضاً لذكر بين الفرائض ، ولكان إهمال ذكره تقصيراً فى البيان . ومعاذ الله أن يكون من النبى صلى الله عليه وسلم ذلك .

الخطبة او مقدمات العقد

١٨ — يسبق كل عقد من العقود ذات الشأن والخطر مقدمات ، يبين كل واحد من المتعاقدين مطالبه ورغائبه ، فإذا تلاقت الرغبات أقدما ، فيتم العقد بتلاقى الإرادتين ووجود العبارتين الدالتين على ذلك .

وعقد الزواج هو أخطر عقد لعاقديه إذ هو عقد موضوعه الحياة الإنسانية وهو عقد يعقد على أساس الدوام إلى نهاية الحياة ، ولهذا كانت مقدماته لها خطره وشأنه ، وإن الشريعة الإسلامية كسائر الشرائع لم تعن بمقدمات أى عقد من العقود سواه فقد عنيت بها وجعلت لها أحكاماً خاصة .

ومقدمات عقد الزواج هى ما يسمى فى لسان الشرع بالخطبة وهى طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها والتقدم إليها أو إلى ذويها ببيان حاله ، ومفاوضتهم فى أمر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأنه .

ويجب لسلامة الخطبة أن يكون كلا العاقدين على علم قاطع أو ظن راجح بحال العاقد الآخر ، وما عليه من عادات وأخلاق ليكون العقد على أساس صحيح ، وتكون العشرة التي يحلها مرجوة الصلاح والبقاء ومعرفة ذلك تكون مما يعطي علماً قاطعاً أو ظناً راجحاً .

ويجب أيضاً أن يكون على علم بخلق الطرف الآخر ، وتكوينه الجسمي ويتم ذلك العلم بالرؤية وهي أجدى طريق للمعرفة ، ولذلك أباح الشارع الإسلامي للرجل أن ينظر إلى من يريد الزواج منها ، بل حبب إلى ذلك وندب إليه .

ويروى في ذلك أن المغيرة بن شعبة خطب امرأة ليتزوجها فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أنظرت إليها ؟ قال : لا ، فقال عليه السلام : « انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما » . وروى جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إذا خطب أحدكم امرأة فإن استطاع أن ينظر منها ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل » .

والقدر الذي يباح النظر إليه هو الوجه والكفان والقدمان ، ولا يتجاوز ذلك عند الحنفية والاقتصار عليه فيه الكفاية لمن يريد معرفة خلقها وروحها .

وقد أجاز بعض الأئمة تجاوز ذلك القدر ، ومنع بعض الأئمة النظر إلى القدمين واليدين . ومذهب الحنفية هو الوسط .

وقد اتفق الفقهاء على أن رؤية الخاطب لمخطوبته لا تكون في خلوة ، لأن الخلوة بين الرجل والمرأة حرام ، ولم يرد من الشارع ما يبيحها لأجل الخطبة ، فبقي النهي العام قائماً ، فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يخلون رجل بامرأة فإن ثالثهما الشيطان » .

والرؤية تكون عند الخطبة ، وقد روى أن الشافعي رضي الله عنه يفضل أن تكون الرؤية قبل الخطبة عند نية الزواج من هذه المرأة حتى إذا أنتجت الرؤية إقداماً أقدم وإن أنتجت إحجاماً لم يكن في ذلك إيذاء لها ولا حرجاً لأسرتها ، والرؤية قبل الخطبة برؤيتها خفية ، أو فجأة من غير أن تعلم أو يعلم ذووها بنية الزواج التي يخفيها ، ولذلك الاستحسان مكانه من اللياقة والعرف

والخلق الكريم برضاه ويؤيده . وعن جابر أنه قال : « خطبت امرأة فكنت لا أعبأ لها حتى رأيت منها ما دعانى إلى نكاحها فتزوجتها » .

١٩ — وهذا المنهاج الذى سنه الشارع الإسلامى ، هو المنهاج السليم ، أجاز للخاطب أن يرى المخطوبة فى غير خلوة ، وذلك المسلك هو الوسط بين مغالاة المتشددين فى التستر الذين حرموا على الخاطب كل سبيل لأن يلقى على مخطوبته نظرة قبل أن تزف إليه ، مكتفين بوصف الواصفات اللائى يبالغن فى الاستحسان أو الاستهجان ، وبين إسراف الذين غاوا فأباحوا للرجل أن يصطحب مخطوبته فى الغدوات والروحات ، وفى الحدائق والملاهى . فى النهار وفى طرف من الليل ، وكشفوا للخاطب كل أستار البيت ، وأزالوا من بين يديه الحجب ، فكانت النتائج خطيرة إن لم يتم الزواج .

وقد زعم هؤلاء المسرفون أن الذى يدفع إلى سلوك ذلك المسلك أو قبوله تسهيل التعارف التام بين الخاطب والمخطوبة ، فيعرف كل واحد منهما صاحبه على حقيقته ، ويقدم على بينة . وهذا زعم باطل . لأن الخاطب مهما يدم اختلاطه بمخطوبته لا يستطيع أن يعرف طباعها ، ولا يستطيع أن تعرف حقيقة طباعه لأن كليهما يتكلف لصاحبه ما ليس فى طبعه ، ويكسو نفسه من المظاهر ما ليس من عاداته . والتحرى عن الأخلاق والطباع والعادات بالسؤال والبحث أهدى سبيلا ، وإن لكل أسرة عادات وتقاليد مشهورة معروفة تغنى معرفتها أحياناً عن غيرها من أسباب المعرفة ، وتعجبنى فى ذلك كلمة الدهلوى فى حجة الله البالغة : « يستحب أن تكون المرأة من كورة وقبيلة عادات نسائها صالحة فإن الناس معادن ، كمعادن الذهب والفضة وعادات القوم ورسومهم غالبة على الإنسان بمنزلة الأمر المجبول عليه » .

٢٠ — **شروط الخطبة** : والخطبة كما علمنا مقدمة لعقد الزواج ، ولذلك لا تباح خطبة امرأة . إلا إذا كانت صالحة لأن تكون زوجة فى الحال ، حتى يمكن أن يتم العقد ، لأنها وسيلة لغاية هى الزواج ، فإن كانت الغاية ممنوعة فالوسيلة غير جائزة . ولذلك اشترط الفقهاء لإباحة الخطبة ألا تكون المرأة محرمة على الرجل حرمة مؤبدة . ولا حرمة مؤقتة ، فلا يجوز له أن

أن يخطب ذات زوج بحال من الأحوال لأنها محرمة عليه ما دامت زوجة ، ولأن خطبتها اعتداء على الزوج .

وتحرم خطبة المعتدة من طلاق رجعى باتفاق الفقهاء ، لا بطريق التصريح ولا بطريق التعريض ، لأن المطلقة طلاقاً رجعياً زوجيتها قائمة ، وحقوق الزوج عليها ثابتة مادامت فى العدة ، فله مراجعتها من غير تراض فى أى وقت شاء ، فخطبتها كخطبة الزوجة تماماً ، فتكون حراماً من كل الوجوه .

والمعتدة من وفاة تجوز خطبتها تعريضاً لا تصريحاً ، لقوله تعالى : « ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء » وظاهر الآية أنها للمتوفى عنها زوجها لأنها جاءت عقب قوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ، ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » فكان التعريض جائزاً بهذا النص الكريم ، والتصريح على أصل المنع .

والفرق بين التعريض والتصريح أن : « التصريح أن يذكر لفظاً يدل على إرادة الخطبة من غير احتمال لسواها ، والتعريض ذكر الخطبة بلفظ يحتمل الخطبة ويحتمل غيرها ، ويكون ظاهره سواها ، وإن كانت رغبة الخطبة تكشف عنها إشارات القول ، ولنذكر مثلا كان لخطبة بالتعريض ، فإنه يروى أن سكينة بنت حنظلة قالت : استأذن على محمد بن الحسين ، ولم تنقض عدتى من مهلك زوجى ، فقال : « قد عرفت قرابتى من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقرابتى من على وموضعى فى العرب . قلت : غفر الله لك يا أبا جعفر إنك رجل يؤخذ عنك ، تخطبنى فى عدتى ؟؟ قال : إنما أخبرتك بقرابتى من رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن على » .

ألا ترى من ذلك التعريض الرائق وضوح الغرض وهو الخطبة ، مع أن ظاهر اللفظ لسواها ، ولذلك استطاع رضى الله عنه أن يتنصل من تبعة القول سريعاً خشية أن يتحول التعريض إلى تصريح .

ولا تجوز خطبة المعتدة من وفاة تصريحاً . لأن الجواز الذى جاء به النص مقصور على التعريض ، فكان التصريح على أصل المنع ، لعدم إمكان العقد فى الحال ، ولأن التصريح قد يوغر صدور أولياء الميت ، فلا يسوغ .

والمعتدة من طلاق بائن لا تجوز خطبتها قبل انتهاء العدة ، لا تصريحاً ولا تعريضاً ، لأن جواز التعريض جاء فى المتوفى عنها زوجها دون سواها ، فالباقى على أصل المنع .

والفرق بين حال المعتدة من وفاة ، والمعتدة من طلاق بائن يوجب هذه التفرقة ، إذ أن المعتدة من طلاق بائن عدتها بالحيض غالباً ، فإذا طمعت فى التعريض بالخطبة ربما دفعها الطمع إلى الخيانة ، فتعلن أن العدة قد انتهت . وهى لم تنته ، والقول قولها فى إخبارها بانتهاء العدة ، وليس لأحد سبيل إلى تكذيبها ما دام فى الإمكان تصديقها ، أما المعتدة من وفاة ، فإن عدتها بالأشهر ، وهى تعرف بالحساب والكتاب ، فلا سبيل إلى الخيانة أو الكذب لتعجل إنهاءها . والخطبة تقتضى الرؤية ، ولاسبيل إلى رؤية المعتدة من طلاق بائن لالتزامها منزل الزوجية ، فهى لا تخرج ، ولا يدخل عليها أحد من غير إذن مطلقها ، والمعتدة من وفاة لا تلتزم منزل الزوجية ، والمطلقة بائناً تحتمل العودة إلى زوجها بعقد ومهر جديدين فى بعض الأحوال ، وعودة الزوجية فى حال الوفاة مستحيلة فلا اعتداء فى خطبتها على أحد ، بينما ثمة نوع اعتداء فى خطبة المعتدة من طلاق بائن (١) .

٢١ — إلى هنا قد بينا من تجوز خطبتها ومن لا تجوز ومن حيث علاقتها بزوجية سابقة ؛ وقد يلابس الخطبة ما يجعلها ممنوعة ديناً لا قضاء ، وذلك إذا خطب الرجل امرأة سبق إليها غيره وخطبها ، فإن ذلك منهى عنه بصريح الأحاديث الواردة فى ذلك . ومنها ما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا يبع الرجل على بيع أخيه . ولا يخطب على خطبته . ولا تسأل المرأة طلاق أختها ، لتكفأ ما فى إنائها . وروى أبو هريرة أيضاً أن

---

(١) ما ذكر كله مذهب الحنفية ، وعليه جمهور الفقهاء وقد وافقهم الشافعى فى عدم جواز خطبة المعتد من طلاق رجعى لا تصريحاً ولا تعريضاً ، ووافقهم فى عدم جواز خطبة المعتدة من وفاة تعريضاً من غير تصريح ، أما المعتدة من بائن ، فإن كانت مطلقة ثلاثاً حل التعريض عند الشافعى دون التصريح ، وأما إذا كانت مطلقة بائناً بغير الثلاث . فقد اختلف إن كان الخاطب غير المطلق فى جواز التعريض ، عند الشافعية ، وإن كان الخاطب هو الزوج السابق ، فبالاتفاق يجوز التعريض والتصريح وليس هذا موضع البحث ولا خلاف فيه من أحد .

رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك » .

وأحوال الخاطب السابق تختلف من حيث رده وإجابته إلى أربعة أقسام :

الحالة الأولى — أن تتلقى خطبته بالقبول ، وفى هذه الحال قد اتفق على أنه لا يجوز لخاطب آخر أن يتقدم للخطبة ، لأن ذلك اعتداء صريح على حق الأول .

وهو يغرى بين الناس بالعداوة .

الحالة الثانية — إذا رفضت خطبة الخاطب الأول ، وقد اتفق على جواز أن يتقدم آخر لخطبتها . لأن الأول لم يثبت له شىء ، ولا يحل له أن يغضب من تقدم الثانى ، وإن غضب لا يؤبه لغضبه ، وإلا ما تقدم أحد قط للخطبة من تخطب وترفض خطبة خاطبها .

الحالة الثالثة — هى التردد بين الرفض والقبول ، من غير ميل إلى أحدهما وهى موضوع خلاف بين الفقهاء ، فبعض الفقهاء يقول لا يجوز تقدم آخر بالخطبة ، لأن ذلك اعتداء على الأول . إذ يكون ثمة احتمال القبول ، فتقدم الثانى يقطعه ، وبعضهم يقول إنه يجوز أن يتقدم الثانى ، لأن السكوت فى معنى الرفض الضمنى لأن خطبة الأول مع التردد لم تتم ، فكانت الحال كالرفض ، ولأنه مع التردد لم يثبت له حق حتى يكون ثمة اعتداء عليه ، فغضب فبغير حق .

وأكثر الحنفية على الرأى الأول وهو المعقول .

الحالة الرابعة — أن يكون ثمة ميل إلى جانبه أو ميل إلى الترك وفى الميل إلى الترك جوز بعض الفقهاء جواز خطبتها ، وفى حال الميل إليه منع الأكثرون طلب يدها . وقد جاء فى مختصر الطحاوى . « ومن خطب امرأة فلم تركن إلى خطبته إياها لم يكن على غيره بأس فى خطبتها ، وإنما يكره له خطبتها بعد خطبة غيره إياها إذا كانت ركنت إلى خاطبها الأول » (١) .

---

(١) مختصر الطحاوى طبع دائرة المعارف النعمانية ص ١٧٨ .

ومنع ابن حزم الخطبة عند التردد مطلقاً ، وقد قال فى ذلك . « لا يحل لمسلم أن يخطب على خطبة مسلم ، سواء ركنا وتقاربا أو لم يكن شىء من ذلك ، إلا أن يكون أفضل لها فى دينه وحسن صحبته ، فله حينئذ أن يخطب على خطبة غيره ممن هو دونه فى الدين وجميل الصحبة ، أو إلا أن يأذن له الخاطب الأول فى أن يخطبها ، فيجوز له أن يخطبها . أو إلا أن يدفع الخاطب الأول فيكون لغيره حينئذ أن يخطبها ؛ أو إلا أن ترده المخطوبة ، فلغيره حينئذ أن يخطبها ، وإلا فلا » (١) .

وهناك رأى لمالك أنه إذا كان الخاطب الثانى أفضل تقدم ، وقد ذكره ابن حزم كما ترى . ونرى أن كل خاطب يرى فى نفسه أنه أفضل لها من غيره ، ولهذا يجب أن تمنع الخطبة إلا إذا ردت بالفعل أو ركنت إلى عدم القبول كما هو المذهب الحنفى .

ويلاحظ أن عدم جواز الخطبة على خطبة غيره أمر دينى ، فإذا خطب على خطبة غيره ، وتمت خطبته ، وعقد العقد نتيجة لها ، كان العقد صحيحاً من كل الوجوه ، ولكنه أثم بخطبته على خطبة أخيه ، ولكن ذلك الإثم لا أثر له فى صحة العقد ، لأنه لم يصاحب العقد ، بل كان لأمر سبقه ، ولم يتصل بشروط صحته ، ولا بأركانه .

وهذا القول هو أحد أقوال ثلاثة ، وهو قول جمهور الفقهاء ، وقد جعلوا له نظيراً فى عدم تأثيره فى صحة العقد ، وهو أن من اغتصب ماء ، ثم توضأ به ، فإنه تصح به الصلاة ، ولكن يأثم بالاغتصاب ، فالإثم اتصل بالوسائل ولم يصب العقد .

وقال داود الظاهرى : إذا تزوجها الخاطب على خطبة أخيه كان الزواج غير صحيح وفسخ ، لأن النهى منصب على النكاح ، لا على الخطبة فى ذاتها أو وحدها إذ النهى عنها ما كان إلا لأنها وسيلة للزواج . فالنهى لأجله ، فيكون فاسداً ، ويجب الفسخ ، سواء أدخل بها أم لم يدخل .

وروى عن مالك رضى الله عنه ثلاثة أقوال ، أولها قول الجمهور ،

---

(١) المحلى جـ ١٠ ص ٢٢ .

وثانيها قول الظاهرية . وثالثها أن الفسخ يكون قبل الدخول . ولا يجوز بعده ، لأنه بالدخول قد تأكد العقد ، فلا يسوغ الفسخ ، والإثم فى عنق صاحبه ويلازمه .

٢٢ — وليس فى مصر إجراءات خاصة بالخطبة ، لأنها ليست عقداً ، إنما هي مقدمات عقد ، وذلك غير ما فى قانون لبنان وسوريا . ففي قانون لبنان أنه لا بد من إجراءات قبل العقد وقد بينتها المواد من ١ إلى ١٣ فى ذلك القانون ، وخلاصة ما جاء فيها أنه لابد للخاطب والمخطوبة عند الإقدام على الزواج من أن يتقدما إلى هيئة مختارة من المحلة ، أو القرية التى يقيم بها كلاهما ، فإن اختلفت إقامتهما قدم كل واحد منهما طلبه إلى هيئة قريته أو محلته ، وهذه الهيئة تفحص حالها من حيث صحة زواجهما أو عدم زواجهما وغير ذلك ، فإذا لم يكن مانع دينى ولا قانونى صرحت الهيئة بجواز الزواج ، ويبين فى التصريح اسمهما وشهرتهما واسم أبويهما وصفتهما وعملهما ومذهبهما وتبعيتهما ، ومحل إقامتهما وحيازتهما أهلية الزواج وعدم وجود مانع من موانعه أو وجود مانع ، وإذن الولى أو عدم إذنه إذا كان أحد الزوجين محتاج إلى إذن الولى ، وليس للهيئة أن تمتنع عن التصريح ، إذا كان هناك مانع فى نظرها ، بل تصرح مع ذكر المانع ، وتعطى تذكرة شخصية .

وهذه الهيئة عملها هو التحرى ، ولذا يقدم التصريح إلى المحكمة المختصة فتفحصه ، وإذا اتضح من التصريح عدم أهلية أحد الطرفين أو قيام مانع من موانعه يرفض طلب العقد مع بيان الأسباب الموجبة للرد ، ويقيد الرفض فى الدفتر الخاص بذلك فى المحكمة ويضبط .

وإذا ثبت عدم موافقة الولى فى الحال التى لا يتم العقد فيها إلا بإذنه طلب إليه الحضور ليدلى بالأسباب التى يعترض من أجلها ، وتدرس المحكمة أوجه الاعتراض ومعارضة الولى عليه لها ، فإن قبلت أوجه الاعتراض رفضت طلب الزواج ، وإذا لم يحضر الولى ، أو حضر ولم يبين أسباب الاعتراض أو بينها ولم ترها المحكمة موجبة للرفض ، فإنها تأذن بالعقد ، وقرار المحكمة يجب أن يكون مسبباً فى الحالتين .

وفى حال الإذن تعلن أنه ستتم إجراءات الزواج بين فلان بن فلان ، وفلانة بنت فلان ، وتعلق صورة منه فى ديوان المحكمة وصورة فى محل اجتماع الناس ، وإذا رأت المحكمة ما يوجب الإعلان فى إحدى الصحف أعلنت أيضاً ، وإذا أعلن فى صحيفة تحفظ منها نسخة فى الملف ، وإذا ألصق على جدران يثبت التاريخ ، وتلصق الصورة بمحضر يوقع عليه الحاضرون .

ويبين فى هذا الإعلان أن من له اعتراض عليه أن يقدمه فى مدة عشرة أيام من تاريخ لصق الإعلان ، أو من تاريخ النشر بالصحيفة . . .

وإن لم يعترض أحد أذنت المحكمة بسماع صيغة العقد ، وعينت نائباً عنها يحضر مجلس العقد .

وخلاصة ما اشتملت عليه إجراءات الخطبة فى قانون الأسرة فى سوريا أن يقدم طالب الزواج لقاضى المنطقة طلباً مصحوباً بشهادة معرفة للخاطب والمخطوبة ، وصورة مصدقا عليها من قبل إدارة الفتوى أو جهة الأحوال الشخصية ، ومصحوبة بشهادة طبيب بخلو الخاطب والمخطوبة من الأمراض السرية ، وبيان عدم موانع صحته . ورخصة بالزواج بالنسبة للعسكريين ، وموافقة إدارة الأمن بالنسبة للأجانب .

ولا يجوز فى القانون السورى توثيق العقد بغير هذه الإجراءات . وإذا تم الزواج من غير توثيق لعدم توافر هذه الشروط ، وكان الزواج من الناحية الدينية صحيحاً ، وحصل حمل من هذا الزواج يوثق الزواج لمصلحة الطفل ؛ وقد فرضت عقوبة لمثل هذه الحالة .

وإذا استوفيت الإجراءات أذنت المحكمة بإجراء العقد ، ويلغى الإذن إذا مضت ستة أشهر ولم يتم الزواج ، وبعد ضبط الزواج وتسجيله ترسل صورة منه إلى دائرة الأحوال المدنية .

٢٣ — والخطبة ليست عقداً قد التزم فيه طرفاه التزامات لها قوة الإلزام ولكن أقصى ما تؤديه الخطبة إذا تمت أن تكون وعداً بعقد وليس للوعد بعقد

قوة إلزام عند جمهور الفقهاء خلافاً لمالك فى بعض أقواله (١) وإذا لم تكن فى الخطبة قوة الإلزام لأحد الطرفين ، فلكل منهما أن يرجع عن قوله ، وإن فعل فهو يستعمل خالص حقه وليس لأحد عليه من سبيل .

والمصلحة توجب أن يكون كلا طرفى عقد الزواج له الحرية التامة قبل إبرامه ؛ لأنه عقد الحياة ، ومن المصلحة التروى وترديد الأمر فيه ، حتى إذا تم كان ذلك برضا صحيح كامل لم تشبه شائبة .

ولو ألزم الخاطب بخطبته كان فى ذلك حمل له على العقد ، قبل أن تتوافر له كل أسباب الدرس أحياناً ، وهذا ما تقرره كتب الفقه بالإجماع من غير خلاف .

وإن كان فى بعض الأقوال المروية عن الإمام مالك أن الوعد يجب الوفاء به بحكم القضاء فى بعض الأحوال ، فإنه لا يلزم الوفاء بالوعد فى الخطبة لأن الوفاء بهذا الوعد يفضى إلى أن يمضى عقد الزواج على شخص غير راض به ، وليس للقضاء سلطان الإكراه على هذا العقد الخطير .

٢٤ — ولكن قد يترتب على العدول عن الزواج بعد تمام الخطبة ضرر ينال الطرف الآخر الذى لم يعدل ، فقد ينال المرأة ضرر بسبب عدول الرجل ، لأنها أعدت الجهاز مثلا ، فهل يغرم العادل من ماله عوضاً للأضرار المالية وغير المالية ؟ لقد أجاب عن ذلك بعض رجال الفقه بأنه لا يسوغ ، وليس لقاض أن يحكم به ، لأن العدول حق للخاطب والمخطوبة بلا قيد ولا شرط ، ولأن العادل بحكم الفقه والقانون يسترد هداياه فكيف

---

(١) الوعد عند مالك رضى الله عنه ، فيه أربعة أقوال . « أولها » أنه لا إلزام فيه ، ولا يقضى بمقتضاه بشىء ، سواء أكان الوعد سبباً للدخول فى شىء أو ترك شىء ترتبت عليه التزامات مغارم أو لم يكن . « الثانى » أن الوعد ملزم ، ويقضى به فى كل الأحوال ، وهذا مقابل القول الأول . « الثالث » أنه يجب الوفاء بالوعد الذى يكون سبباً لأمر يستطيع من بذل له الوعد القيام به بدون تحقيق الوعد ، كن يعد شخصاً بأن يعطيه مقداراً من المال ليسدد ما عليه من دين فإنه يقضى بالوفاء ، لأن المدين والدائن كلاهما اعتمد على بذل الوعد . « القول الرابع » أنه يجب الوفاء إذا كان الوعد له سبباً للتصرف ودخل من بذل الوعد فى التصرف بسبب ذلك الوعد كن يقول لشخص : اشتر هذه الأرض ، وأنا أدفع تكاليف البناء . فإنه يجب الوفاء إذا اشترى « راجع الالتزامات للحطاب » .

يغرم مالا ، ولأن المقرر فقهاً وقانوناً أنه لاضمان فى استعمال الحق ، ولأن الذى وقع فى الضرر من الطرفين يعلم أن الطرف الآخر له العدول فى أى وقت شاء ، فإن أقدم على عمل بناء على الخطبة ، ثم حصل عدول . فالضرر نتيجة لاغتراره . ولم يغرر به أحد ، والضمان عند التغرير ، لا عند الاغترار ، ولأنه لو حمل العادل عن الخطبة مغارم لكان فى ذلك بعض الإكراه على الزواج . ويجب أن يتوافر فى عقد الزواج كامل الرضا ، وكامل الحرية ، وأنه كان على من وقع به الضرر بسبب العدول أن يطلب قبل الدخول فيما يسبب الضرر — البت بقطع الخطبة أو إمضاء الزواج . وأنه إذا لم يفعل فليتحمل معبة تقصيره من غير أن يشركه أحد .

وبهذا الرأى أخذت محكمة الاستئناف الوطنية فى كثير مما عرض لها من خصومات فى هذا الموضوع .

ويميل بعض المحدثين ممن كتبوا فى الفقه إلى الحكم بالتعويض إذا نال أحد الفريقين بسبب عدول الآخر عن الزواج ضرر ، لأنه من المقرر فى الشريعة أن « لاضرر ولاضرار » ، كما ورد فى الحديث الصحيح ، والضرر يزال وطريق إزالته هو التعويض ، ولأن الخطبة وإن لم تكن عقداً — هى ارتباط قد ينشأ عنه تصرفات يتحمل أحدهما بسببه مغارم مالية ، وقد تكون قد تمت بمعرفة العادل أو برأيه ، أو تحت سمعه وبصره . فالعدول بعد ذلك لايخلو من تغرير ، ولا تعارض عند صاحب هذا الرأى بين كون العدول حقاً ، وبين تعويض الضرر لأن التعويض ليس عن العدول المجرد ، ولكنه تعويض لضرر ناشىء عن العدول بعد أخذ الأهبة والسير فى الأسباب ، وتفتح أبواب النفقات ، فالأحوال التى أحاطت بالعدول ، وللخاطب العادل دخل فى وجودها — هى التى أوجدت الضرر ويزال الضرر بالتعويض ، فليس التعويض لأنه استعمل حقاً ، ولكن لأنه استعمل فى وقت ينزل فيه الضرر بغيره ، ولكل حق ميقات معلوم فى حكم العقل والإنصاف .

وقد أخذت بهذا الرأى محاكم ابتدائية ، وقد أيدت بعضها محكمة الاستئناف فيما ارتأت .

وفى الحق أننا لا نستطيع أن نقر الرأى الأول الذى يمنع كل تعويض عن الضرر بإطلاق . كما لا نستطيع أن نقر الرأى الثانى . بل نقول قولا وسطاً فنقرر أن العدول عن الخطبة فى ذاته لا يكون سبباً للتعويض ؛ لأنه حق . والحق لا يترتب عليه تعويض قط ، ولكن ربما يكون الخاطب قد تسبب فى أضرار نزلت بالمخطوبة ، لا لمجرد الخطبة والعدول ، كأن يطلب نوعاً من الجهاز أو تطلب هى إعداد المسكن ، ثم يكون العدول والضرر ، فالضرر نزل بسبب عمل كان من الطرف الذى عدل غير مجرد الخطبة ، فيعوض ، وإن لم يكن كذلك فلا يعوض .

وعلى هذا يكون الضرر قسمين : ضرر ينشأ ، وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول . كالمثالين السابقين ، وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من جانب العادل ، فالأول يعوض والثانى لا يعوض ، إذ الأول كان تغريراً ، والتغرير يوجب الضمان ، كما هو مقرر فى قواعد الفقه الحنفى وغيره ، وفى قضايا العقل والمنطق ، وقد أخذت بهذا النظر محكمة النقض (نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩) .

هدايا الخطبة :

٢٥ — وقد يصحب الخطبة أن يقدم الخاطب هدايا ، أو يعطيها جزءاً من المهر ، فهل له استرداده ، وهل لها أن تسترد الهدايا ، إن كانت قد قدمت هدايا ؟

إن ما يقدم على أنه مهر يكون للخاطب استرداده ، لأن المهر حكم من أحكام الزواج ، ولم يتم الزواج فلا يستحق ، ويرد بذاته إن كان قائماً ، وبمثله أو قيمته إن أهلك أو استهلك. وفى المشروع الذى قدم لرياسة الجمهورية سنة ١٩٥٦ : أنه يصح أن يعطى الزوج بدل المهر جزءاً من الجهاز الذى اشترى بقيمته يوم الشراء ، وقد اشتملت على بيان ذلك المادة ١٨ وهذا نصها:

(ا) فى حال العدول عن الخطبة يكون للخاطب أن يرجع بما أداه من مهر .

(ب) وللمهدى أن يرجع بما قدمه من هدايا عيناً أو قيمتها نقداً وقت

الشراء إذا هلكت أو استهلكت ، وذلك إذا كان العدول من الطرف الآخر ، وليس له أن يسترد شيئاً إذا كان العدول من جانبه .

(ج) وإذا اشترت المرأة بالمهر جهازاً أو ببعضه ثم عدل الخاطب فللمرأة الخيار بين رد المهر نقداً ، أو تسليم ما يساويه من الجهاز وقت الشراء.

وأما ما قدم على سبيل الهدية من أى واحد من الطرفين ، فهو فى المذهب الحنفى يأخذ حكم الهبات ، ويجرى فيه حكم الرجوع فيها ، ومذهب الحنفية أنه يجوز الرجوع فى الهبة إلا لمانع من موانع الرجوع ، ومنها الاستهلاك والهلاك ، وعلى ذلك إذا كانت الهدية قائمة فى ملك المهدى إليه بعينها ، ولم يتصرف فيها بما يخرجها من ملكه فله الرجوع فيها واستردادها ، وإن كانت هالكة أو تغيرت حالها بأن كانت ثياباً فخيطت ، أو تصرفت فيها فليس له استردادها ، ولا طلب مثلها أو قيمتها (١) .

---

(١) جاء فى الدر المختار أنه إذا أنفق رجل على معتدة الغير على أن يتزوجها بعد عدتها ، فإن تزوجته فلا رجوع مطلقاً « اشترط صراحة أو لم يشترط » وإن أبت فله الرجوع إن دفع ، وإن أكلت معه فلا رجوع مطلقاً ، وقد علق على ذلك ابن عابدين بكلام طويل . خلاصته أنه روى فى المسألة أربعة أقوال :

أولها — ن له الرجوع ، لأن ذلك رشوة ، إذ أنه لا يحل له خطبتها لأنها فى العدة ، فالعطاء فاسد ، إذ هو لغرض لا يتفق مع الشرع فله الرجوع إزالة للفساد .

وثانيها — أنه لا يرجع ولو لم يتزوجها ما دام لم يشترط الزواج صراحة ، لأنه هبة قد استهلكت .

وثالثها — أنها إن تزوجته لا يرجع وإن أبت رجع اشترط أو لم يشترط ، وذلك إذا كان ما دفعه نقوداً تنفق منها . وأما إذا كانت تأكل معه فلا يرجع بشىء أصلا لأن هذه إباحة لا تمليك ، وإعطاء النقود هبة بعوض معروف وإن لم يشترط صراحة .

ورابعها — أنه لا يرجع إذا تزوجته وكان قد شرط الزواج ، وإن لم تتزوجه مع اشتراط الزواج عند الإنفاق يرجع ، وإن لم يشترط لا يرجع ولو لم تتزوجه أياً كان نوع الإنفاق .

وهذه الأقوال فى المذهب الحنفى خاصة بمعتدة الغير التى لا تحل خطبتها ، ولكن ابن عابدين طبقها فى المخطوبة التى تحل خطبتها . وذلك أنه فى قرى دمشق ينفق الخاطب على مخطوبته حتى يتوافر لديه المهر ، فإنه يرجع إن عدلت عن الخطبة ، ولو كانت النفقة مستهلكة . أما الهدية العينية ، فإنها يجرى عليها حكم الهبة ، ففى النفقة يجرى الخلاف وفى الهدية يجرى حكم الهبة من أنه لا يرجع بمستهلك .

وجمهور الفقهاء على أن الرجوع فى الهبة لا يجوز بعد قبضها ، لكن خالف بعضهم فى هدايا الزواج .

فإن المالكية على أرجح (١) الأقوال عندهم خالفوا فى إعطاء هدايا الزواج حكم الهبات العامة التى لا يجوز الرجوع فيها أو يجوز ، وقرروا بالنسبة للهدايا فى الخطبة أن العدول إن كان من جانب المهدى فليس له أن يسترد الهدايا ولو كانت قائمة بحالها ، وإن كان العدول من جانب المهدى إليه فعليه أن يرد الهدية إن كانت قائمة ، وقيمتها إن كانت هالكة ، أو مستهلكة وذلك عدل بلا ريب ، فلا يجمع على المهدى إليه بين ألم العدول ، وألم

= ونحن نخالف ابن عابدين فى تطبيق الخلاف الذى جرى فى الإنفاق على معتدة بالنسبة المخطوبة التى تحل خطبتها ؛ لأن القول الأول لا ينطبق ، إذ أنه لا رشوة . إذ خطبة غير المعتدة حلال وهذه خطبتها غير حلال ، والفرق بين الحلال والحرام واضح ، وإن التفرقة بين الإنفاق والهدايا العينية غير واضح ، لأن الهدايا العينية هى الأخرى قد أعطيت على أساس أن يتزوجها فهى كالهبة المشروطة ، فإذا استهلكت تسترد ، فإما أن يجرى على الإنفاق حكم الهدايا . وإما أن يجرى على الهدايا حكم الإنفاق ، وعلى ذلك يكون للخاطب حق الاسترداد لهداياه بعينها إن كانت قائمة ، ولقيمتها إن كانت هالكة إذا كان العدول من جانبها ، وهذا النظر يتلاقى مع مذهب مالك ، ويلاحظ أن المحاكم تطبق إلى الآن أحكام الهبة على الهدايا . كما هو ظاهر المذهب الحنفى .

(١) هذا هو أرجح الأقوال فى مذهب الإمام مالك ، وهناك رأيان آخران أنه لا يرجع بشىء أهدى ، أو أنفق ، ولو كان الرجوع من جانبها ، والآخر أنه يرجع فى الهدايا ، ولا يرجع فى الإنفاق ، ولقد جاء فى الشرح الكبير للشيخ الدرديرى « أن الأوجه الرجوع عليها إذا كان الامتناع من جهتها إلا لعرف أو شرط لأن الذى أعطى لأجله لم يتم ، أما إذا كان العدول من جهته فلا رجوع له قولا واحداً » ويلاحظ أنه قيد عدم الرجوع بحال ما إذا لم يكن هناك شرط الرجوع عند تقديم الهدية ، فإن الشرط ينفذ ، وهو لم يكن خادعاً لها بهذا الاشتراط ، وكذلك إذا كان هناك عرف يسوغ الرجوع ، فإنه يكون كالمشروط فلا يكون ثمة خداع .

وقد أطلق النص الذى نقلناه آنفاً عن مشروع القانون المصرى ، فهل إذا صار قانوناً وطبق أيتسع مع هذا الإطلاق لرجوع الخاطب إذا شرط الرجوع عند الإهداء ، ولو كان الرجوع من جانبه ، والجواب عن ذلك أنه يتسع لسببين .

أولها — أن القواعد العامة للقانون المدنى أن كل شرط واجب الوفاء إلا إذا كان مخالفاً للنظام العام ، وذلك الشرط ليس بمخالف للنظام العام .

الثانى — أن المصدر التاريخى للقانون فى هذا الجزء هو مذهب مالك ، فيرجع إليه التقييد مطلقاً ، وتفصيل مجمله .

الاسترداد (١) . إن لم يكن هو الذى عدل عن الخطبة ، ولا يجمع على المهدى ألم العدول والغرم المالى ، إن كان العدول من الجانب الآخر ، وبهذا أخذ المشروع الذى أعد برياسة الجمهورية كما نقلنا .

ومذهب الشافعى استرداد الهدايا أياً كان المهدى ، وإن كانت قائمة ردت بذاتها ، وإن لم يمكن ردها بذاتها ، فبقيمتها . وكذلك الهالكة .

١ — انشاء عقد الزواج

٢٦ — انعقاده : لا ينعقد عقد الزواج إلا بالإيجاب والقبول ، وشروط انعقاده هى الشروط التى يجب تحقيقها عند إنشاء كل عقد ، وهى :

(ا) ألا يكون أحد العاقدين فاقد الأهلية . فإن كان أحد العاقدين كذلك فعبارته ملغاة لا أثر لها ولا ارتباط ينشأ بوجودها ، وناقص الأهلية يصح منه عقد الزواج بالنيابة عن غيره ، وعقده لنفسه موقوف على إجازة من له حق الإجازة . وكامل الأهلية يصح عقده عن غيره ولنفسه ، ويعد السفيه مثل كامل الأهلية هنا . ولذلك يصح وينفذ عقد زواجه ، إذ لا حجر عليه فى الزواج وآثاره .

(ب) وأن يكون الإيجاب والقبول فى مجلس واحد ، فلو تفرقت المجالس بعد الإيجاب وقبل القبول بطل الإيجاب .

(ج) وألا يرجع الموجب فى إيجابه قبل قبول الآخر ، لأنه إذا رجع الموجب فى إيجابه قبل القبول ألغى ، فإذا جاء القبول بعد ذلك فقد جاء على غير إيجاب ، ويجوز للموجب الرجوع فى الإيجاب ما دام لم يرتبط بقبول لأن الالتزام لا يتم قبل الارتباط بين ركنى العقد ، وهما الإيجاب والقبول ، وإذا لم يتم الالتزام فلا إلزام لأحد ، فللموجب أن يرجع .

(د) ألا يصدر عن العاقد الثانى بعد الإيجاب ما يدل على الإعراض

---

(١) وقد اقترحت العمل بهذا الرأى اللجنة التى ألفت فى سنة ١٩١٥ فى مشروعها الذى أعلنته ، ولم تقدر له الحياة القانونية . كما اقترح العمل بذلك فى المشروع الذى قدم للمكتب الفنى لرياسة الجمهورية ، وقد ذكرنا نصه آنفاً وبينا حدود النص فى الهامش السابق .

كالفصل بكلام أجنبي ، فإن الفصل بكلام أجنبي إعراض عن الإيجاب ورفض ، فإن قبل بعد ذلك فقد ورد القبول على غير إيجاب ، فلا يلتفت إليه .

هذا ويلاحظ أن الإيجاب إن كان برسالة رسول ؛ أو بكتاب مكتوب فالقبول مقيد بمجلس تبليغ الرسالة أو وصول الكتاب إذا كان الشهود حاضرين وقت وصول الرسالة ؛ فإذا انفصل عن المجلس من غير قبول ، فلا يعتبر قبوله بعد ذلك .

(هـ) موافقة القبول للإيجاب ، ولو ضمناً كأن تقول : تزوجتك على مهر قدره مائة فيقول قبلت بمائتين ، فإن العقد يصح ، وتلزم المائة الثانية إذا قبلتها ، وإذا قال تزوجتك على مائة فقالت قبلت على خمسين صح العقد وحط من المهر إذا لم يرد الحط ، وذكر المهر فى العقد يجعل العقد غير صحيح إذا لم يقبل المهر ولو ضمناً ، وإذا لم يذكر يصح العقد من غير بيانه .

٢٧ — ألفاظ العقد : إن عقد الزواج لا ينعقد إلا بالألفاظ الدالة عليه سواء أكانت حقيقة لغوية فى دلالتها عليه أم كانت مجازاً مشهوراً ؛ وصل إلى درجة الحقيقة اللغوية ، أم مجازاً وضمنت فيه القرينة ، واستبان المعنى بها ، حتى صار الكلام صريحاً فى إرادة الزواج .

وقد اختلف العلماء فى هذا تضييقاً وتوسعة ، وقد اتفقوا على أن الزواج يعقد بلفظ النكاح ، وبلفظ الزواج ، واختلفوا فيما عدا ذلك ، فالشافعى رضى الله عنه منع عقد الزواج بغير هذين اللفظين ، فلا يعقد النكاح عنده بألفاظ لم تشتق من هاتين الكلمتين ، وحجته فى ذلك أنهما اللفظان اللذان يدلان على معنى هذا العقد الخطير ، ولكل معنى شرعى لفظ يدل عليه ، وهذان اللفظان هما اللذان قد ورد عن الشارع أنه استعملهما فى الدلالة على ذلك العقد ؛ ولأن هذا العقد تلزم فيه الشهادة ، ولابد أن تكون بلفظ وضع للزواج لا مجاز فيه ، إذ القرائن قد تخفى على الشهود .

والحنفية قد وسعوا فى دلالة الألفاظ على هذا العقد ، حتى لقد أجازوا

عقده بلفظ البيع ، وإن قامت القرينة على إرادة الزواج به ، وبين الفريقين كان الحنابلة والمالكية .

٢٨ — ولتوضيح المذاهب فى هذا المقام نقول أن الألفاظ طبقات أربع : أولاها — لفظ النكاح والزواج ، وهذه الألفاظ باتفاق الفقهاء ينعقد بها عقد الزواج .

ثانياً — الألفاظ الدالة على تمليك الأعيان فى الحال بغير عوض ، كلفظ الهبة ، وقد أجاز العقد بهذه الألفاظ أبو حنيفة وأصحابه وأحمد ، ومالك يشترط ذكر المهر لورود هذا اللفظ فى القرآن فى موضع الزواج ، إذ قال الله تعالى . « وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي . إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين » ، وإن ذلك مجاز مشهور واضح لا تخفى فيه القرينة .

ثالثاً — الألفاظ الدالة على تمليك الأعيان فى الحال بعوض . إذا قصد بها معنى الزواج ، وقامت القرينة الدالة على المجاز ، وقد اختلف فى ذلك فقهاء المذهب الحنفى وبعض المالكية ، ومنع غيرهم ، وحجة المجيزين فى ذلك المذهب أن اللفظ إذا اقترن به ما يدل على إرادة الزواج ، وهو يفيد ملك العين التى تقتضى حل المتعة كان مستعملا فى حقيقة معنى الزواج فيجوز ، وحجة المانعين أن حقيقة البيع وما يشبهه تخالف حقيقة الزواج ، فلا يستعمل لفظه فيه .

رابعاً — الألفاظ التى تدل على تمليك المنفعة فى الحال ، والصحيح عند الحنفية أن الزواج لا ينعقد بهذه الألفاظ لمنافاة ما تدل عليه حقيقة الزواج ، وما عدا هذه الألفاظ لا ينعقد بها النكاح بالاتفاق .

وهل ينعقد الزواج بغير العربية ؟ . إذا كان العاقدان أو أحدهما لا يفهم العربية فباتفاق الفقهاء ينعقد الزواج بغير العربية ، وإن كان الزوجان يفهمان العربية ويستطيعان العقد بها ، فقد قال الأئمة الثلاثة ينعقد الزواج بغير العربية بالألفاظ الدالة عليه فى تلك اللغة التى اختاراها ؛ لأن التكلم بغير اللغة العربية ليس حراماً ، والأمر لا يعدو أن اثنين اختارا أن يتخاطبا فى شأن من شئونهما

أو فى أهم شئونهما بغير اللغة العربية ، وربما كانت تلك اللغة هى لغتهم الأصلية ، كالأردية بالنسبة للهنود ، أو التركية بالنسبة للأتراك .

وقال الشافعى لا ينعقد العقد بغير اللغة العربية إذا كان العاقدان يفهمانها ويستطيعانها ، لأن النكاح حقيقة شرعية إسلامية أظلها الإسلام بحمايته ، وأوجد آثارها ، وترتب أحكامها ، ونظم العلائق بين الزوجين بها ؛ فكان كالصلاة ، لا تصح ممن يجيد العربية بغير القراءة العربية .

ولقد قال ابن تيمية فى هذا المقام ما نصه : « إنه (أى النكاح) وإن كان قربة فإنما هو كالعتق والصدقة لا يتعين له لفظ عربى ولا عجمى ... ثم الأعجمى إذا تعلم العربية فى الحال ربما لا يفهم المقصود من ذلك اللفظ ، كما يفهم من اللغة التى اعتادها ... نعم لو قيل تكره العقود بغير العربية لغير حاجة ، كما تكره سائر أنواع الخطاب بغير العربية لغير حاجة لكان متوجهاً ، كما روى عن مالك وأحمد والشافعى ما يدل على كراهية اعتياد المخاطبة بغير العربية لغير حاجة (١) » .

٢٩ — وإذا كان أحد العاقدين لا يستطيع الكلام فقد اتفق الفقهاء على جواز عقده بالإشارة المفهمة لمعنى الزواج إذا كان لا يحسن الكتابة ، لأن الإشارة أقصى طرق التعبير بياناً عنده .

وإذا كان يحسن الكتابة ففى المذهب الحنفى روايتان إحداهما ، وهى رواية الأصل : أنه لا يصح عقده بالإشارة ، لأن الكتابة أبين دلالة من الإشارة ، ومن يستطع الأعلى فلايقبل منه الأدنى ، فلا يقبل منه العقد بالإشارة ، وقد اختار هذه الرواية جمع من المحققين ، وهى معقولة فى ذاتها .

وعلى رواية الجامع الصغير يصح عقده بالإشارة ، لأن الأصل فى العقد أن يكون بالخطاب ، فإذا عجز عنه استعين بغيره من أنواع الدلالات ، فكانت الكتابة والإشارة سواء .

وقد أخذ بهذه الرواية قدرى (باشا) فى كتاب الأحوال الشخصية ، ولكن مشروع لجنة ١٩١٥ أخذ برواية الأصل ، وبهذا أخذ المشروع الذى

---

(١) فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث ص ٢٧٠ .

قدم إلى المكتب الفنى لرياسة الجمهورية فى المادة ٢٢ منه ، وأخذ به من قبل فى القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٣١ فى المادة ١٢٨ .

ويصح أن يكون الإيجاب والقبول بالمكاتبة ، إذا لم يكونا فى مكان واحد ، كما يصح بالرسول ، فيكتب إلى المخطوبة أو وليها كتاباً برسمها أو رسمه ، فتجيب أو يجيب بالقبول على أن يكون ذلك بحضرة شهود يعلمون مضمون كتاب الإيجاب ويشهدون على القبول ، بأن تقول مثلا زوجت نفسى منه أو قبلت ، وباطلاعهم على مضمون الكتاب . وإسماعهم القبول ، يشهدون على شطرى العقد (١) .

---

(١) ومثل الكتابة الرسالة الشفوية ، فإنها إذا بلغتها الرسالة ، وجب أن تقبل بحضرة شهود فى مجلس العقد ، ولا فرق بين الرسالة الشفوية والرسالة الكتابية فى هذا ، غير أن البحر نقل عن المحيط البرهانى ما نصه :

« الفرق بين الكتاب والخطاب أن فى الخطاب لو قبلت فى مجلس آخر لم يجز وفى الكتاب يجوز لأن الكلام كما وجد تلاشى ، فلم يتصل الإيجاب بالقبول فى مجلس آخر ، وأما الكتاب فقائم فى مجلس آخر ، وقراءته بمنزلة الخطاب الحاضر ، فاتصل الإيجاب بالقبول » وهذا معناه أن قبولها بحضور الشاهدين مقيد بمجلس الرسول ، فإن لم يكن شاهدان فى المجلس بطل الإيجاب ، لأن الرسالة التى تتضمن الإيجاب انتهت بالتبليغ الشفوى ، فمجلس القبول هو مجلس الرسول ، أما الكتاب فإن الإيجاب فيه قائم بقيام الكتاب ، ولا يبطل الإيجاب فيه إلا برد صراحة أو ضمناً ولا يعتبر ذلك إلا بحضرة شاهدين تنتقل إليهما أو تحضرهما فى غير مجلس وصول الكتاب ، ومن الرد الضمنى إذا قرأت الكتاب على الشاهدين ولم تعلن القبول حتى قاما من المجلس . ولكن جاء فى ابن عابدين ما نصه :

« والظاهر أنه لو كان مكان الكتاب رسول بالإيجاب فلم تقبل المرأة ، ثم أعاد الرسول الإيجاب فى مجلس آخر فقبلت لم يصح ، لأن رسالته انتهت أولا بخلاف الكتابة لبقائها ، أفاده الرحتى » وهذا معنى جديد لم يتضمنه ما نقل عن المحيط ، فهل المراد أنها إن ردت عند تلاوة الكتاب على شاهدين ، ثم فى مجلس آخر تلت الكتاب وقبلت يعتبر قبولها وينعقد الزواج ، إن فى ذلك مخالفة للمقررات الفقهية ، لأنه بالرد انتهى الإيجاب ولو مكتوباً ، فهل إذا كانت فى مجلس العاقد وردت إيجابه ، ثم عادت وقبلت أيعتبر قبولها مبنياً على الإيجاب السابق أم يلغى هذا الإيجاب ، ويعتبر قبولها إيجاباً جديداً لابد فيه من قبول ، هذا ما نراه ، وينبغى تخريج المحيط وكلام الرحتى عليه ، على أن العبرة فى وصول الكتاب بحال المجلس الذى فيه شهود ، فإن لم تقبل فيه فلا عبرة ، وإن كان مجلس وصول الكتاب مجلس شهود اعتبر المجلس عند الشهود ، فإن لم تقبل فى هذا المجلس فإن الإيجاب يلغى .

=

٣٠ — صيغة العقد : يشترط فى صيغة عقد الزواج أن تكون بلفظين أحدهما للماضى ؛ والآخر للمستقبل ؛ وأن تكون منجزة ، غير معلقة ولا مضافة إلى المستقبل .

أما الشرط الأول ، فلأن الأصل فى صيغ العقود الإسلامية أن تكون بلفظ ماض ، لأن الألفاظ الماضية هى التى تدل على إنشاء العقود فى اللغة العربية ، ولفظ الحال أو الاستقبال لا يدل على الإنشاء إلا بقرينة ، فهو يحتمل المساومة ، والتمهيد ، ولأن الآثار الواردة تثبت أن النبى والصحابة كانوا ينشئون عقودهم بالألفاظ الماضية .

وهذا حكم معلل ، وليس تعبدياً ، ولذلك إذا قصد بالألفاظ التى تدل على الحال أو الاستقبال إنشاء العقد ، وقامت القرائن اللفظية القاطعة بذلك . أنشىء العقد .

وقد استثنى عقد الزواج من بين العقود ، فأجيز أن ينشأ بلفظين : أحدهما

= وبهذا التوضيح يتبين أن ما نص عليه فى أمهات كتب الفقه الحنفى هو أن المجلس المعتبر هو مجلس وصول الرسول أو الكتاب ، بشرط توافر الشهود عند الكتاب ولا تنتهى الرسالة بالكتابة إن لم يكن شهود وقت وصول الكتاب وتنتهى الرسالة الشفوية بمجلس وصولها وإن لم يكن شهود .

ولكن يظهر أن ابن عابدين لا يتقيد بهذا التفسير ، ولذلك أصر على وجود الفرق فى عقد البيع بين الرسالة بالكتابة وبالرسول ، وقد قال فى ذلك ، بعد نقل عبارات المبسوط والهداية وغيرهما التى لاتفرق على النحو الذى بينا : وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده فى مبسوط « الكتاب والخطاب سواء إلا فى فصل واحد ، وهو أنه لو كان حاضراً فخاطب بالنكاح فلم تجب فى مجلس الخطاب ثم أجابت فى مجلس آخر فإن النكاح لا يصح . وفى الكتاب إذا بلغها وقرأت الكتاب ، ولم تزوج نفسها منه فى المجلس الذى قرأت الكتاب فيه ، ثم زوجت نفسها فى مجلس آخر بين يدى الشهود وقد سمعوا كلامها وما فى الكتاب يصح النكاح . لأن الغائب إنما صار خاطباً لها بالكتاب ، والكتاب باق فى المجلس الثانى بمنزلة ما لو تكرر الخطاب من الحاضر فى مجلس آخر ، فأما إذا كان حاضراً فإنما صار خاطباً لها بالكلام وما وجد من الكلام لا يبقى إلى المجلس الثانى ، وإنما الشهود فى المجلس الثانى أحد شطرى العقد » ثم يبنى ابن عابدين على ذلك أن البيع كالنكاح . ويقول : « وظاهر أن البيع كذلك ، وهو خلاف ظاهر الهداية فتأمل . ونحن نخالف العلامة ابن عابدين فى هذا الظاهر ، فنقول إن البيع لا يقاس على النكاح لأن النكاح يحتاج إلى شهود . ولا يلزم أن يكونوا حاضرين وقت وصول الكتاب . فيصح أن ينتظر إلى مجلس الشهود لا إلى مجلس وصول الكتاب . ومضمون الكتاب قائم ببقائه وعدم قبوله أو رده ، أما الرسول فتنتهى الرسالة بالتبليغ . فلا عبرة بما وراء مجلسه . بخلاف البيع فإنه لا يحتاج إلى شهود . والله سبحانه وتعالى أعلم .

للماضي ، والآخر للمستقبل أو الحال فيجوز أن يقول الخاطب مثلا زوجني بنتك . فيقول الآخر قبلت ، أو يقول أزوجك ابنتي فيقول قبلت . وإنما استثنى عقد الزواج ، لأن الذي يمنع الإنشاء إذا كان الإيجاب بصيغة المستقبل هو احتمال المساومة ، وذلك بعيد في عقد الزواج ، لأنه يسبقه تمهيدات ومقدمات تبعد معنى المساومة ، وتعين إرادة الإنشاء في الحال

ولأن الصيغة الأولى المذكورة ، وهي زوجني تدل على معنى التوكيل . وعقد الزواج يصح أن يتولاه واحد عن الطرفين . فإذا قال الخاطب زوجني ، وقال الطرف الآخر قبلت كان مؤدى ذلك أن الأول وكل الثاني والثاني أنشأ العقد عن الطرفين بعبارته .

وأما اشتراط التنجيز ، فلأن عقد الزواج عقد تترتب عليه أحكامه فور إنشائه فلا تتراخى آثاره عن السبب ، وهو الصيغة ، فيجب أن تكون الصيغة قاطعة في الإنشاء في الحال ، والصيغتان المضافة والمعلقة لا تفيدان ذلك ، إذ الصيغة المعلقة تفيد إنشاء العقد في المستقبل عند وجود أمر يمكن أن يكون ، ويمكن ألا يكون ، والصيغة المضافة إلى المستقبل تنشىء العقد في الحال ، ولكن تؤخر الأحكام إلى زمن مستقبل ؛ وكلتاهما لا تتفق مع حقيقة الزواج الشرعية ومع خطره وشأنه ، إذ كيف ينشأ بعبارة تعلق الوجود على أمر قد يوجد ، وربما لا يوجد ، ويمثل هذا الرضا الاحتمالي لا ينشأ العقد ، ثم الزواج عقد لا تتراخى أحكامه عن أسبابه فلا يمكن أن يضاف إلى المستقبل ، لأن ذلك يقتضي تأخير الأحكام ، وهو مناقض لحقيقته الشرعية (١) .

٣١ — تأبيد عقد الزواج : وصيغة الزواج يجب ألا تكون دالة على التأقيت وألا يقترن بها ما يدل على التأقيت صراحة ، لأن مقتضى عقد الزواج حل العشرة ودوامها ، وإقامة الأسرة ، وتربية الأولاد والقيام على شئونهم ، وذلك لا يكون على الوجه الكامل إلا إذا كانت عقدة الزواج باقية إلى أن يفرق الموت .

---

(١) لقد جاء في إعلام الموقعين ما يفيد أنه ورد عن الإمام أحمد جواز تعليق النكاح ، ففيه ما نصه : « نص الإمام أحمد على جواز تعليق النكاح بالشرط ، وهذا هو الصحيح » ج ٣ ص ٢٣٨ .

ولقد حكم الفقهاء ببطلان نوعين من العقود لتنافيهما مع التأبيد ، وقد كان هذان العقدان معروفين فى الجاهلية ، وهذان العقدان هما المتعة والنكاح المؤقت .

أما عقد المتعة فصورته أن يقول أتمتع بك مدة كذا بكذا من المال ، وقد قيل إن النبى صلى الله عليه وسلم سكت عنها فى غزوة أو أكثر غزاها ، واشتدت فيها على الناس العزوبة ثم ثبت ثبوتاً قاطعاً أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عنها ، ونسخ هذه الإباحة وثبت ذلك بطريقة تبلغ حد التواتر ، فقد أثر عنه أنه نهى عنها ست مرات فى مناسبات ليؤكد النسخ والإلغاء .

وقال جمهور الصحابة والتابعين والفقهاء ، إن نكاح المتعة باطل لا ينعقد أصلا (١) ، لنهى النبى صلى الله عليه وسلم ولأنه لم يكن زواجاً بإجماع علماء المسلمين ، والله سبحانه وتعالى قال فى وصف المؤمنين « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ملكت أيمانهم » والمعقود عليها عقد متعة

---

(١) قد خالف الجمهور الإمامية الإثنا عشرية من الشيعة ، فحكموا بحله ، وروى عن ابن عباس أنه أحله فى مثل هذا الحال التى أباحها النبى صلى الله عليه وسلم أولا ، وقد احتج الذين أباحوه بخبر الحل ، وقوله تعالى : « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن » ورد الاستدلال بأن موضوعها الزوجات ، وقد قال صاحب سبل الكلام فى تقرير مذهب الإمامية : « حقيقة المتعة عند الإمامية النكاح المؤقت بأمد معلوم أو مجهول وغايته خمسة وأربعون يوماً ، ويرتفع النكاح بانقضاء الوقت المؤقت به ، وعدته فى ذات الحيض بحيضتين ، وإن توفى عنها بأربعة أشهر وعشر ، ولا نفقة فيه ، ولا توارث » . هذا ما جاء فى سبل السلام ، ولم نجد هذا التحديد بخمسة وأربعين يوماً فى كتب الإمامية ، وتختص المتعة بأحكام ليست من أحكام الزواج عندهم ، فإنه يصح عندهم المتعة بالكتابية مع أن زواج الكتابية لا يجوز عندهم ، ويجوزون متعة الأمة على الحرة مع أن زواج الأمة على الحرة لا يجوز ، وكل شرط فيها جائز ولا حد للمهر ، وإذا أخلت ببعض المدة سقط من المهر ما يقابلها ، ويلحق به الولد ، ولكن لو نفاه انتفى بلا لعان ، ولا يقع فيها طلاق ولا ظهار ولا ميراث لها ، وإن شرط ، وتعتمد بأبعد الأجلين بحيضتين أو خمسة وأربعين يوماً ، وفى الموت عدتها كعدة الزوجية .

وحجة الجمهور قائمة بثبوت النسخ قطعاً ، وبقوله تعالى : « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم » ومن المتفق عليه أن المعقود عليها فى المتعة ليست زوجة ، لقد قال على : « لا أعلم أحداً تمتع وهو محصن إلا رجمته بالحجارة » . وقال لابن عباس : « إنك امرؤ تائه ، إن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء » وروى عن ابن عباس أنه كف عن الإفتاء بالحل .

ليست زوجاً باتفاق علماء المسلمين حتى الشيعة . فإنهم لا يرتبون لها حقوق الزوجة من نفقة وميراث .

وأما النكاح المؤقت فهو الذى ينشأ بلفظ من الألفاظ التى يعقد بها عقد الزواج ، ولكن يقترن بالصيغة ما يدل على تأقيت الزواج بوقت معين محدود طال الوقت أو قصر .

وقد قال جمهور الفقهاء : إن الزواج المؤقت باطل ، لأنه من زواج المتعة أو على الأقل هو معناه ، إذ أن الغرض من النكاح المؤقت هو عين الغرض من المتعة ، واقتران الصيغة بما يدل على التوقيت وتقييدها بالوقت جعلها غير صالحة لإنشاء الزواج ، والعبرة فى إنشاء العقود للمقاصد والمعانى ، لا للألفاظ المجردة والمبانى .

ولقد جاء فى كتاب تبيين الحقائق للزيلعى ما نصه ، « وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه قال إذا ذكر فى العقد مدة لا يعيش مثلهما إليها صح النكاح ، لأنه فى معنى المؤبد » .

ولكن الراجح المروى عن أبى حنيفة هو أن العقد باطل ، طالت المدة أو قصرت لأن الصيغة بتوقيتها صارت غير صالحة للإنشاء .

ولقد قال زفر بن الهذيل من أصحاب أبى حنيفة ، إن النكاح المؤقت ينعقد مؤبداً ويلغو شرط التوقيت ، وذلك لأن الصيغة فى ذاتها صالحة لإنشاء العقد ، ولكن اقترن بها شرط فاسد ، وهو ما يدل على التوقيت ، ومن المقرر فى القواعد الفقهية العامة أن النكاح لا تفسده الشروط الفاسدة ، ومثل اقتران الصيغة بما يدل على التوقيت بالزمن ، كمثل ما إذا ذكر ا شرطاً تنفيذه يؤدى إلى تحديد أمد الزواج مثل أن يقول تزوجتك على أن أطلقك بعد شهر ، فقد اتفق الحنفية على أن الزواج فى هذه الحال يكون صحيحاً ، ويكون الشرط باطلا لاغياً ، فكذلك عند زفر إذا ذكر زمناً صريحاً كأن يقول تزوجتك على أن يكون الزواج لمدة سنة . فيلغى الشرط وينعقد الزواج مؤبداً .

فزفر إذن يفرق بين النكاح المؤقت والمتعة من حيث إن المتعة يكون العقد فيها بلفظ أتمتع فلا توجد صيغة زواج ، أما النكاح المؤقت فيكون بلفظ الزواج ونحوه ، ولهذا يصح الثانى ، ويبطل الأول .

أما جمهور الفقهاء فلا يفرقون فى الحكم بين النكاح المؤقت والمتعة ، من حيث إن المؤدى واحد فى كليهما .

٣٢ — تولى عاقد واحد صيغة الزواج : الأصل فى العقود أن يتولى إنشاءها عاقدان ينشىء أحدهما الإيجاب والآخر القبول ، ولا يجوز أن يتولى عاقد واحد إنشاء العقد من الجانبين فى العقود المالية إلا فى أحوال استثنائية مثل أن يبيع الأب لابنه ، أو أن يشترى من ابنه الذى هو فى ولايته .

ولقد اختص عقد الزواج من بين العقود بأنه قد يتولاه عاقد واحد ، يقوم مقام عاقدين ، وتقوم عبارته مقام عبارتين ، وذلك يكون إذا كانت له ولاية إنشاء العقد من كلا الجانبين ، ولم يكن فضولياً بالنسبة لأحدهما .
وتكون له الولاية من الجانبين :

(ا) إذا كان وكيلا عن الرجل والمرأة .

(ب) أو كان وكيلا من جانب وأصيلا من جانب ، كأن توكله فى أن يزوجها من نفسه .

(جـ) أو يكون ولياً من جانبين ، كأن يزوج حفيدته من ابن عمها الذى هو حفيده أيضاً . وكلاهما فى ولايته .

(د) أو يكون ولياً من جانب ووكيلا من جانب آخر . كأن يوكل رجل آخر حفيده أيضاً ، وكلاهما فى ولايته .

(هـ) أو يكون ولياً من جانب وأصيلا من جانب آخر ، كأن يزوج نفسه من ابنة عمه التى هى فى ولايته .

فى هذه الصور الخمس لم يكن فضولياً من أى جانب ، بل كانت له الولاية إما بالأصالة ، أو بالشرع ، أو بالتوكيل .

٣٣ — هذا رأى الطرفين : أبى حنيفة ، ومحمد ، وخالفهما الشافعى وزفر ، فلم يجيزا أن يتولى شخص واحد العقد من الجانبين بعبارة واحدة واستثنى الشافعى من المنع تزويج الجد الحفيدة من حفيده إذا لم تكن بينهما

علاقة محرمة ، كما خالفهما أبو يوسف فأجاز أن يتولى شخص العقد عن الطرفين ولو لم تكن له ولاية ، كفضولى يعقد عنهما أو يكون فضولياً بالنسبة لأحدهما . فإن العقد يصح بعبارته ويكون موقوفاً على إجازة تصرف الفضولى .

وحجة الشافعى وزفر أن العقد يفيد إثبات التزامات وحقوق تثبت لكلا طرفيه ؛ وهذا يقتضى طرفين ، إذ لا يكون الشخص الواحد مطالباً ومطالباً بشىء واحد فى وقت واحد ، ومن جهة أخرى فإن النكاح ككل عقد لا يتم إلا بإرادتين إحداهما موجبة والأخرى قابلة ، وهما صفتان متقابلتان لا يمكن أن تقوما بشخص واحد فى حال واحدة .

وحجة من أثبت انعقاد العقد من الجانبين بصيغة واحدة ، ورود آثار تولى فيها شخص واحد العقد من الجانبين . من ذلك ما يروى أن عقبة بن عامر روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لرجل : أترضى أن أزوجك فلانة؟ قال: نعم ، وقال للمرأة: أترضين أن أزوجك فلاناً ؟ قالت : نعم ، فزوج أحدهما من صاحبه ، وقد وقع ذلك بعد النبى من بعض الصحابة أيضاً . ولم يستنكر جمهورهم ، ويرى أن قوله تعالى « ويستفتونك فى النساء قل الله يفتيكم فيهن وما يتلى عليكم فى الكتاب فى يتامى النساء اللاتى لا تؤتونهن ما كتب لهن ، وترغبون أن تنكحوهن » قد نزل فى يتيمة فى حجر وليها ، وهى ذات مال ، فلم يذكر سبحانه وتعالى بطلان العقد ، ولكن بين لهم أنه لا يحل عدم إعطاء المهور ، فكان ذلك تقريراً ضمنياً لصحة العقد .

وإن النائب سواء كان ولياً أم كان وكيلا لا ترجع فى الزواج حقوق العقد ولا أحكامه إليه بل هو كما يقول الفقهاء سفير ومعبر ، فلا يكون مطالباً وملتزماً لشىء واحد أو أكثر . ثم هو ما دام معبراً عن كلا الطرفين ، فقد صارت عبارته تحمل فى ثناياها عبارتين ، وتصلح لإيجاد هذه الحقيقة الشرعية ، من غير أى مناقضة لأصل شرعى ثابت .

وقد احتج أبو يوسف فى إثبات انعقاد العقد بعبارة واحدة ، ولو كان فضولياً بأنها قائمة مقام عبارتين ، وهى تعبر عن شخصين ، وإن لم تكن ثمة ولاية عن أحدهما أو عن كليهما ، فيعقد العقد ، وأثر الفضول إنما يكون

فى النفاذ ، فينفذ إن أجازه من لم يعط العاقد توكيلا ، وإلا بطل ، ككل عقد موقوف على إجازة من له حق الإجازة .

والنكاح فى نظر أبى يوسف كالخلع . وكما أن الخلع قد يثبت من الزوج فى غيبة زوجته ، كأن يقول إن قبلت أن تترك مؤخر الصداق طلقتها ، وهى غائبة ، فإنه ينفذ إن إجازته ، ويكون قد قام بعبارة واحدة ، ولم يكن نائباً عن أحد طرفيه ويثبت الزواج ، كذلك أيضا بالقياس على الخلع وقد صح الخلع فى هذه الحال باتفاق فقهاء الحنفية

وحجة الطرفين فى عدم انعقاد العقد بعبارة واحدة إن لم يكن بولاية عن الجانبين — أن الأصل ألا ينعقد إلا بعبارتين متقابلتين من شخص ، ولكن تقوم العبارة مقام العبارتين إذا قام الدليل مقدماً على أنها قائمة مقامهما ؛ وكانت الولاية سابقة على الإنشاء ، فتصدر العبارة حينئذ وهى محملة بهذين المعنيين المتقابلين ، فإن لم تكن الولاية سابقة فقد صدرت وهى لا تحمل إلا معنى واحدا ، إذ ليس للشخص الواحد أن يجعل عبارته دالة على معنيين متقابلين ، وعلى ذلك إذا صدرت العبارة فإنما يكون شطر العقد قد وجد ولم يوجد الشطر الثانى فلا وجود للعقد ، حتى يقبل الإجازة .

ولا يقاس النكاح على الخلع مع الزوجة إذا كانت غائبة لأن الخلع من الزوج يمين ، أى تعليق الطلاق على قبول المال . وتعليق الطلاق ليس عقداً ، ويجوز فى حضرة المرأة وغيبتها ، وقبولها ليس إجازة ، ولكنه وقوع ما علق الطلاق عليه ، ففرق بين الحالتين .

شروط الزواج

٣٤ — تنقسم شروط الزواج إلى ثلاثة أقسام — شروط صحة ، وشروط نفاذ ، وشروط لزوم ، أما شروط الصحة ، فهى الشروط التى لا يعتبر العقد بغيرها موجودا وجوداً يحترمه الشارع ، وتثبت فيه الأحكام التى ناطها بالعقد .

وشروط النفاذ هى الشروط التى لا تنفذ أحكام العقد على كل عاقديه بغير وجودها . ويستمر العقد موقوفاً إذا لم تتوافر هذه الشروط ، حتى تكون الإجازة ، فيكون النفاذ .

وشروط اللزوم هي الشروط التي لايلزم العقد كلا طرفيه إلا بوجودها، وبغيرها يكون لأحد العاقدين أن يفسخ العقد .

شروط صحة العقد

٣٥ — يشترط لصحة الزواج شرطان : (أحدهما) حضور الشاهدين ، (وثانيهما) أن تكون المرأة محلا للعقد ، بأن تكون غير محرمة على الرجل مؤقتاً أو مؤبدا .

ولنتكلم في كل واحد من هذين الشرطين ببعض التفصيل ، أما شرط الشهادة فقد اتفق فقهاء المسلمين في كل العصور على أن الغاية منه شهر الزواج وإعلانه بين الناس ، فإن فرق مابين الحلال والحرام الإعلان . كما وردت بذلك الآثار ، وكما تعارف الناس من وقت أن عرفوا شريعة الزواج إلى الآن، ولقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : « أعلنوا النكاح ، ولو بالدف » . ولقد قال أبو بكر الصديق « لايجوز نكاح السر ، حتى يعلن ويشهد عليه » .

ولكن هل تعتبر شهادة اثنين للعقد كافية للإعلان من غير حاجة إلى إعلان غيرها ، ولو تواصيا بالكتمان ؟ إن الأقوال في ذلك ثلاثة

القول الأول — هو قول أبي حنيفة إن الشهادة وحدها هي الإعلان ، ولو تواصى الشاهد بالكتمان ، وهذا رأى بعض الفقهاء ، وحجتهم ماستفاض من الأخبار من اشتراط الشهود ، وتعيينهم طريقاً للإعلان وحدهم ، فقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا نكاح إلا بشهود » وروت عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : «لا نكاح إلا بولي وشاهدى عدل ، فإن تشاجروا ، فالسلطان ولي من لاولي له » .

وإن الشارع باشتراطه الشهادة قد رسم طريق الإعلان ، ولم يترك أمره من غير حدود ورسوم ، بل وعينه بالشهادة . فكانت هي الحد المرسوم ، وبحضور الشاهدين مع العاقدين يتحقق معنى الجهر والإعلان ، ولو تواصوا بالكتمان ، لأن السر لا يكون بين أربعة ، بل هو الجهر . ولذلك يقول القائل :

وسرك ما كان عند امرىء   وسر الثلاثة غير الخفى

وإن نفى النبي صلى الله عليه وسلم النكاح من غير شهود دليل على أن الشهادة أمر لابد منه وأنها كافية للإعلان .

القول الثانى — وهو المشهور عند مالك أن الشهادة ليست شرطاً لإنشاء العقد ، بل الشرط لإنشاء العقد مطلق الإعلان ، والشهادة شرط لحل الدخول ، أى أنها ليست شرطاً للانعقاد ، ولكنها شرط لترتيب الآثار ، والشهادة وحدها لاتكفى للإعلان ، وأن الشاهدين إذا تواصيا بالكتمان لاينشأ العقد ، بل لابد من توافر الإعلان للانعقاد . ثم تتعين الشهادة لترتيب الآثار

القول الثالث — أن الإعلان وحده كاف لإنشاء العقد ، من غير حاجة مطلقاً إلى تعيين الشهادة حداً مرسوماً للإعلان ، ومن غير اشتراطها لترتب الآثار ، لأن القصد هو الإعلان ، وهو فرق بين النكاح .

وهذا قول عند مالك رضى الله عنه . وقول عند أحمد ، ولكن المشهور عن أحمد أنه مع الجمهور .

وهناك قول شاذ ذكره ابن رشد عن أبى ثور وبعض الفقهاء أن الشهادة ليست شرطاً من شروطه ، ولكنه لم ينف الإعلان . بل أوجبه وأجازه بعد تمام العقد بالإيجاب والقبول قبل الدخول ، فهو شرط الإعلان كبعض المالكية ، والفرق بينه وبينهم أنهم يشترطون الإعلان عند وجود الصيغة . وهذا يجيزه بعدها قبل الدخول .

٣٦ — وقد احتج لمالك رضى الله عنه فى المشهور عنه ، وهو القول الثانى بما ورد من الآثار السابقة الدلالة على وجوب الإعلان ، وبأن الكتاب الكريم لم يشترط الشهادة فى عقد انعقاد الزواج . ونصوص السنة ليست صريحة فى الإلزام بها وحدها فى الإعلان عند الانعقاد ، ولأن الرسول جعل مناط الصحة هو الإعلان فى قوله صلى الله عليه وسلم : « أعلنوا النكاح ولو بالدف » .

ولقد قال يزيد بن هارون « أمر الله سبحانه وتعالى بالإشهاد فى البيع (١)

---

(١) وذلك فى قوله تعالى : « وأشهدوا إذا تبايعتم » .

دون النكاح ، فاشترط أصحاب الرأى الشهادة للنكاح ، ولم يشترطوها للبيع » .

وأما الشهادة فلورود النصوص بها اشترطت لترتيب الآثار . لا للانعقاد ، وليست صريحة فى طلبها للانعقاد ، فكانت شرطاً لترتيب الآثار فقط .

٣٧ — ويشترط فى الشهادة أن تكون برجلين أو رجل وامرأتين ، كما يشترط فيها الحرية والبلوغ والعقل ، وسماع كلام العاقدين وفهمه ، والإسلام إذا كان الزوجان مسلمين ، ولايشترط البصر ولا العدالة عند الحنفية .

ولنعرج ببعض التفصيل لهذه الشروط :

١ — أما الشرط الأول وهو العدد فقد ثبت بالنص ، وهو نصاب الشهادة المعروفة للإثبات فى غير بعض الحدود . فأولى أن يكون نصاب الشهادة التى يكون الغرض منها الإعلان ، والنصاب أن تكون برجلين أو تكون برجل وامرأتين ، فإن شهادة النساء وحدهن لاتجوز عند الجمهور فى غير مسائل استثنائية ، ولأن النساء وحدهن لايكفين للإعلان ، لأن المرأة المسلمة لاتغشى المجالس والمحافل ، فالإعلان لايثبت بشهادة النساء وحدهن(١) ويكون إعلانهن بين النساء وحدهن ، وإن كان مع النساء رجل . فإن الإعلان يتوافر بالرجل والنساء معاً .

وأما البلوغ والعقل والحرية فلأن عقد الزواج عقد له خطر وشأن ، فلا يحضره إلا ذوو الاعتبار من الناس ، ولايشيع إلا بأقوالهم . ولأن الشهادة فى الإسلام ولاية ، ولا ولاية لهؤلاء على أنفسهم ،فلاتثبت لهم شهادة على غيرهم (٢)

واشترط السماع والفهم ليتحقق الإعلان . والأخبار وذيوع العقد بين الناس وحضور الأصم أو من لايفهم معانى العبارات التى نشأ بها العقد ، كغيبته فلا يعتبر قد شاهد وعاين ، لأنه لم يعلم شيئاً .

---

(١) فى رواية مشهورة فى مذهب أحمد ، وفى مذهب الشافعى أن شهادة الزواج لا تكون إلا برجلين ، فلا تكون برجل وامرأتين .

(٢) مذهب أحمد جواز شهادة العبيد ، واستبعد نفيها لأنه لا كتاب ولا سنة فى نفيها ، ونقل عن أنس أنه قال : ما علمت أحداً رد شهادة العبد والله تعالى يقبلها يوم القيامة .!!

والإسلام شرط فى زواج المسلمين ، لأن العبرة بشيوع أمر الزواج بينهم ، ولأن الشهادة من باب الولاية ، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم بمقتضى حكم الإسلام . ولأن لعقد الزواج اعتباراً دينياً ، فلابد أن يكون الحاضرون فيه الذين يمضى الزواج بشهادتهم من أهل العبادة الإسلامية .

وإذا كانت الزوجة كتابية والزوج مسلماً . فقد قال محمد وزفر والشافعى وأحمد : لاتجوز شهادة الكتابيين ، بل لابد من شهادة المسلمين ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : يصح العقد بشهادة الكتابيين .

ودليل الأولين أن الزواج هو زواج مسلم ، فلابد أن يذيع بين المسلمين وذلك بحضور الشاهدين المسلمين ، ولأن الشهادة على العقد ، والعقد يتعلق بالزوج والزوجة معاً ، فإذا جازت شهادة غير المسلمين فقد كانت على المسلم وغير المسلم ولا ولاية لغير المسلم على المسلم كما بينا .

ووجهة نظر أبى حنيفة وأبى يوسف أن الشهادة فى الزواج على المرأة ، وهى كتابية ، فتجوز شهادة الكتابيين عليها .

٣٨ — وأبو حنيفة وأصحابه لايشترطون العدالة فى شهود النكاح ، واشترطها الشافعى وأحمد فى رواية عنه .

واستدل من اشترط العدالة بثلاثة أدلة :

(أولها) قوله صلى الله عليه وسلم : لانكاح إلا بولى مرشد ، وشاهدى عدل . فالعدالة شرط بنص الحديث الذى اشترط لزومها .

(ثانيها) أن الشهادة فى النكاح من باب الكرامة لذلك العقد الخطير ، ولا كرامة للفساق .

(ثالثها) أن الشهادة لها فائدة غير الشهر والإعلان ، وهى الإثبات عند الجحود ، فلابد أن يكون الشهود من الصالحين لأداء الشهادة ، بأن يكونوا عدولا مقبولى الشهادة .

وقد استدل الحنفية لرأيهم فى عدم اشتراطها (١) بأن الغرض من الشهادة هو الإعلان ، وهو يتحقق بحضور الفساق ، كما يتحقق بحضور الأبرار

(٢) وبأن الفاسق أهل لأن ينشىء عقد الزواج لنفسه ، ولمن هو فى ولايته فأولى أن يشهد عليه ، لأن الشهادة عليـــه دون إنشائه ، وقد ملك الإنشاء فيملكها بالأولى (٣) وبأن الفاسق أهل لأن يتولى أمر العامة ، فأولى أن تكون له ولاية فى ذلك الشأن الذى هو دونها بلا ريب .

وقد استظهر كمال الدين بن الهمام أن الفاسق إنما يقبل حضوره فى الزواج ويعتبر شاهداً فيه ، إذا لم يكن فى حال تلبسه بالفسق ، وذكر أن العبيد لاتقبل شهادتهم لعظم شأن العقد ، ثم قال : « وعلى اعتبار الأولى تنفى شهادة السكارى حال سكرهم وعربدتهم ، وإن كانوا بحيث يذكرونها بعد الصحو ، وهذا الذى أدين به » ثم يقول فى موضع آخر : « فالحق صحة العقد بحضرة فساق ، لافى حال فسقهم » .

٣٩ — هذا ويلاحظ فى الشهادة فى الزواج أمران :

(أولهما) أنه يجوز عند الحنفية أن يكون الشهود من آباء الزوجين أو فروعهما ، لأن الشهادة للإعلان لاللإثبات ، وإنما ترد شهادة الفروع لأصولهم ، والأصول لفروعهم فى الإثبات فقط لأجل التهمة ، وهنا ليس الغرض الإثبات .

(وثانيهما) أنه إذا كان أحد العاقدين يعقد بالوكالة فى حضرة الأصيل أو الولى الذى وكله فإنه يعتبر أن الموكل هو الذى باشر العقد ، وإن كان الذى عبر هو الوكيل ، ولامانع من أن يعتبر المعبر — من الشهود إذا احتاج نصاب الشهادة إليه ليكمل العدد ، مثال ذلك :

(ا) أن توكل الزوجة رجلا يتولى العقد ، ثم تحضر فى أثناء إنشائه ، فإنه يصح العقد إذا كان الوكيل معه شاهد آخر ، ولايقال إن العقد قد عقد بحضرة شاهد واحد ، فقد اعتبرت المرأة قد باشرت العقد ، والوكيل والآخر كانا شاهدين .

(ب) إذا وكل ولى الزوجة وكيلا لمباشرة العقد ، ثم حضر الولى إنشاءه ، فإنه يعتبر هو المنشىء ، ولامانع من اعتبار الوكيل شاهداً ، فيكتفى بشهادته مع آخر .

٤٠ — عقد الزواج عقد شكلى : يقسم فقهاء القانون العقود إلى قسمين :

(ا) عقود رضائية تتم ويعترف بها القانون ، ويرتب أحكامها ، ويظللها بحمايته بمجرد تحقق تراضى الطرفين ، وتوافق إرادتهما .

(ب) وعقود شكلية ، وهى التى لايعترف القانون بها ولاتترتب أحكامها ولايظللها بحمايته بمجرد التراضى عليها ، بل يشترط شروطا أخرى لترتيب الأحكام وحمايتها ، وتنفيذها ، كالرسمية فى بعض الهبات .

وعقد الزواج ،كما رأيت ينفى الشارع اعتباره ؛ ولا يرتب أحكامه ، ولايظللها بحمايته بمجرد تراضى الطرفين عليه ، بل لابد من الشهر والإعلان بالشهادة على مذهب الجمهور ، وبغيرها معها على المشهور عند مالك رضى الله عنه ، فهو إذن عقد شكلى ؛ وإن كان الرضا أساساً فيه عند جمهور الفقهاء .

ولاجدوى فى أن يقال أن الشهادة فى النكاح شرط صحة لاشرط انعقاد ، لأنه لافرق بين باطل النكاح وفاسده من جهة ، ولأنه على رأى اعتبار لايعترف الشارع الإسلامى بوجود العقد ، ويرتب الأحكام عليه مجرداً إذا لم ينشأ بشهادة الشهود (١) .

٤١ — محلية المرأة للزواج : تكلمنا ببعض التفصيل فى شرط الشهادة ، أما الشرط الثانى للصحة . وهو ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤبدا أو مؤقتاً ، فلا نتكلم هنا فى تفصيله وبيان المحرمات ، بل نترك بيان ذلك لباب قائم بذاته — لما له من الشأن فى أحكام الزواج .

وهنا نتكلم عن كون هذا الشرط شرط صحة أو شرط انعقاد . وكلام الفقهاء فى ذلك .

قد يقول قائل : لقد ذكر الفقهاء أن حل المرأة للرجل شرط صحة مع أن المرأة محل العقد ، وقد يكون المعقول أن يكون ذلك شرط انعقاد لاشرط

---

(١) راجع البحث مفصلا فى كتابنا «الملكية ونظرية العقد» — الناشر : دار الفكر العربى .

صحة ، لأن شروط الانعقاد إن تخلفت لم يكن للعقد وجود ، وشروط الصحة إن تخلفت يكون العقد موجوداً ، ولكن يكون فاسداً .

وإن الجواب عن ذلك الاعتراض هو أن التفرقة بين شرط الانعقاد وشرط الصحة لها جدواها بالنسبة لعقود المعاملات المالية ، لأن المذهب الحنفى يقرر فيها تفرقة جوهرية بين الباطل من العقود والفاسد ، وأنه إن تخلف شرط الانعقاد كان العقد باطلا ولاوجود له ، وإن تخلف شرط الصحة كان له وجود ، ولكنه يكون فاسداً .

أما النكاح فإنه من المقرر عند كثيرين من الحنفية ، والجارى على عباراتهم فى كتبهم أنه لافرق بين باطل النكاح وفاسده ، ففاسده باطل ، وباطله فاسد ؛ لأن الشارع لايعترف لكليهما بوجود على ماسبين ، ولقد لاحظنا هذا المعنى فتكلمنا عن الانعقاد فى الصيغة ، ومن يتكلم بها ، باعتبار أن هذه هى العناصر المكونة للإيجاب والقبول . ثم تكلمنا بعد ذلك فى موضوع الإيجاب والقبول ، وشرطه ، وسمينا القسم الأخير شروط صحة ، باعتبار أنه ليس من العبارة المكونة المنشئة .

شروط نفـاذ العقـد

٤٢ — يشترط لنفاذ العقد . أن يكون الذى تولى إنشاءه له ولاية إنشائية ، فإذا كان الذى تولى عقد الزواج كامل الأهلية وعقد لنفسه فعقده صحيح نافذ ، وكذلك إذا عقد لمن هو فى ولايته ، أو من وكله فى إنشاء العقد فى كل هذه الأحوال كانت له ولاية الإنشاء بالأصالة فى الأولى ، وبالولاية الشرعية فى الثانية ، وبالوكالة فى الثالثة .

وإذا لم يكن للعاقد ولاية الإنشاء ، إما لأنه ليس كامل الأهلية . أو لأنه كامل الأهلية ولكن عقد لغيره من غير إنابة بحكم الشارع ، أو بغير توكيل صاحب الشأن فإن العقد لايكون نافذاً ، بل يكون موقوفاً ، ولذلك يشترط فى النفاذ أن يكون العاقد عاقلا بالغاً ، يعقد لنفسه ، أو لمن هو فى ولايته ، أو لمن وكله ، فإذا كان العاقد ناقص الأهلية فعقده موقوف ، وكذلك إذا عقد

كامل الأهلية عن غيره بغير إنابة ، يكون فضولياً . ويكون عقده موقوفاً على إجازة غيره .

هذا ويلاحظ أمران (أحدهما) أنه لايشترط فى نفاذ العقد الرشد ، فيصح عقد الزواج وينفذ من السفيه ، ولو كان محجوراً عليه ، وكذلك ذو الغفلة ، وذلك لأن موضوع الحجر فى السفيه وذى الغفلة هو التصرفات المالية ، وأما التصرفات الشخصية فليست موضع حجر ، فيجوز الزواج ، ولكن لايثبت من المهر أكثر من مهر المثل إذا كان السفيه هو الزوج ، ويثبت لها مهر مثلها على الأقل إذا كان السفيه هو الزوجة .

(الأمر الثانى) أن مذهب أبى حنيفة ورواية عن أبى يوسف أن المرأة لها كامل الولاية فى شأن زواجها ، وليس لأحد عليها ولاية الإجبار مادامت بالغة عاقلة ، كما أن العقد يصح بعبارتها وينشأ ، وإن كان الأحب والأحسن أن توكل عنها وليها العاصب فى شأن زواجها .

وجمهور الفقهاء على أن المرأة ليس لها أن تزوج نفسها بنفسها ، وأن العقد لاينشأ بعبارة النساء ، وإن لم يكن للولى عليها الإجبار ، فهو يشترك معها فى اختيار زوجها ، وهو يتولى مباشرة العقد . ولذلك الموضوع فضل من البيان سنذكره عند الكلام فى ولاية الزواج .

شروط اللزوم

٤٣ — عقد الزواج عقد لازم فى أصل حقيقته ، ليس لأحد أن ينفرد بفسخه ، ونقصد بفسخه نقض العقد من أصله . والطلاق ليس نقضاً للعقد من أصله ، بل هو إنهاء لأحكامه ، وهو من الحقوق التى يملكها الزوج بمقتضى العقد لا باعتبار أن ذلك فسخ ونقض للعقد .

وإنما كان عقد الزواج فى أصل شرعته لازماً ، لأن المقاصد الشرعية التى نيطت به لايمكن تحققها إلا مع لزومه ، إذ العشرة الزوجية الصالحة ، وتربية الأولاد ، والقيام على شئونهم من أحكامه . وهى أحكام لا تتفق إلا مع اللزوم ، وقد كانت شرعية الطلاق عندما تفسد الحياة الزوجية ولايمكن

الإمساك بالمعروف ، ويكون بقاؤهما ظلماً ، وتلك أحوال عارضة ، فلم يكن الطلاق مشروعاً فى الدين بإطلاق على ما سنبين إن شاء الله تعالى .

ولكن عقد الزواج عند إنشائه ربما لاتتوافر فيه كل عناصر الرضا الصحيح كأن تكون خديعة ، أو لم يكن أولياء الزوجة على علم تام بحال الزوج ، أو لم تكن هى كذلك على علم تام ، ثم يتبين أنه دونها كفاءة ، ففى هذه الأحوال وأشباهها يكون للعاقد الذى لم يكن رضاه على أساس صحيح — حق الفسخ ، وكذلك يكون لولى الزوجة حق الفسخ ، إذا كان فى الزواج ماتعير به الأسرة ، وكان ذلك كله سيراً على القاعدة الفقهية التى تقرر أن كل عيب فى الرضا يجعل للعاقد الحق فى الفسخ ، لكى يكون استمرار العقد من بعد ذلك على أساس الرضا الصحيح الكامل .

لهذا كله قد ينشأ العقد وتترتب أحكامه التى لاتتراخى عن سببه ، ومع ذلك يكون غير لازم ، ولقد قالوا إن شروط اللزوم فى المذهب الحنفى هى :

(ا) ألا يكون الولى الذى يزوج فاقد الأهلية أو ناقصها — غير الأب والجد والابن . فإذا كان المزوج للمجنون أو المجنونة أو المعتوه أو المعتوهة غير الأب والجد والابن ، فإنه عند إفاقتهما يكون لهما خيار الإفاقة ، فيكون لهما حق فسخ العقد ، ولو كان بالكفء ومهر المثل ، كما هو مقرر ثابت وذلك لأنه وإن كان العقد ظاهر المصلحة ، يكون للمولى عليه حق الفسخ لاعتبارات أخرى نفسية لاتتضمن ملاحظتها من الولى .

وسيتبين ذلك كاملا عند الكلام فى ولاية الزواج .

(ب) ألا يقل المهر عن مهر المثل إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها من غير إشراك وليها فى أمرها ، فإنه إذا كان المهر أقل من مهر المثل فإن ولى العاصب له الاعتراض على الزواج حتى يفسخ أو يكمل مهر المثل ، وذلك على رأى أبى حنيفة رضى الله عنه ، لأن الوالى العاصب يعير بقلة مهر من لها صلة عصوبة به ، ويفخر بكثرته ، كما هو جار فى عرف الناس .

(ج) ألا تزوج البالغة العاقلة نفسها من غير كفء ، وإلا كان لوليها حق الفسخ بالاعتراض على الزواج ، ورفع الأمر إلى القاضى بطلب فسخه على تفصيل وأقوال كثيرة سنبينها عند الكلام فى (الكفاءة) ولكن الراجح فى المذهب الحنفى مارواه الحسن بن زياد عن أبى حنيفة من أن العاقلة البالغة إذا زوجت نفسها من غير كفء يكون الزواج غير صحيح .

(د) ألا يكون قد شاب العقد تغرير فيما يتعلق بالكفاءة بأن نسب نفسه لغير قبيلته ، ثم تبين أنه دونها نسباً ، وأنه من هذه الناحية ليس كفؤا ، ففى هذه الحال يكون لها حق الفسخ كما لوليها ، وكذلك إذا اشترطت عند الزواج أن يكون كفؤا ، ثم تبين أنه ليس بكفء ، وهكذا كل تجهيل يتصل بالكفاءة يكون من شأنه أن يجعل العقد غير لازم بالنسبة لها إذا تبين أنه دونها . وإذا كان هذا التغرير فى النسب لايؤدى إلى نقص كفاءته ، ولكنها لاترضاه بأن ذكر لها نسباً ، وتبين أن نسبه دون هذا ، ولكنه كفء لها ، فقد قرر فقهاء الحنفية أن لها الفسخ ، لأن الرضا لم يكن على أساس صحيح . وخالف فى ذلك زفر وقال : ليس لها حق الفسخ ، كما أنه ليس له حق الفسخ إذا انتسبت إلى غير نسبها ، ولكن الفرق واضح ، لأنه يملك التخلص بالطلاق ، وهى لا تملك وهو لايعير بزواجها ، وهى تعير بزواجها ممن دونها ، وتفخر بزواج أعلى منها .

٤٤ — وقد اشترط بعض الكتاب للزوم العقد ألا يكون بالزوج عيب مستحكم لاتعيش معه الزوجة إلا بضرر ، فإن لها أن تطلب التفريق من القاضى ويفرق بينهما إن ثبت له ذلك ، وإن ذلك الشرط ربما يكون مقبولا إلى حد فى بعض الأحوال على مقتضى مذهب أحمد بن حنبل الذى يعتبر التفريق للعيوب فسخاً على نظر فى ذلك . ولكنه لايستقيم مطلقاً على مذهب مالك الذى يعتبر ذلك التفريق طلاقاً . لأن الطلاق إنما هو إنهاء يحتسب من عدد الطلقات لافسخ لايحتسب . ويملكه القاضى بالنيابة القانونية عن الزوج لأن الزوج كان يجب عليه أن يطلق لأنه إذا فات الإمساك بمعروف تعين عليه التسريح

بإحسان ، وهو الطلاق ، ولما لم يطلق قام القاضي مقامه فيه فطلق عليه طلاقاً بائناً محتسباً مما يملك من الثلاث ، وبهذا النظر أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فاعتبر تفريق القاضي للعيب المستحكم طلاقاً بائناً محتسباً من عدد الطلقات .

٤٥ — هذا ومن المقرر أن الزواج لايدخله خيار العيب ولاخيار الرؤية، وفي خيار الشرط كلام في المذهب الحنبلي ، وإنما كان لايدخله خيار العيب ولا الرؤية لأن الزواج يفرض فيه أن الرجل والمرأة كلاهما عرف صاحبه معرفة تامة من كل الوجوه من الناحية الجسمية الظاهرة ،وإذا كان الشارع يفرض ذلك ، فهو لم يقرر فيه خياراً من هذه الخيارات .

فإذا ظهر عيب كان خفياً ، ولا يمكن معه إقامة عشرة صحيحة ، أو لم يكن عند الزواج عيب ، ثم كان العيب المستحكم الذي يكون معه ضرر العشرة الدائمة ، ففي هذه الحال يكون للزوجة حق طلب التفريق من القاضي ، ويفسخ أو يطلق بناء على ذلك ، وهل يكون معنى هذا أن خيار العيب يدخل عقد الزواج ؟ يظهر لي أن هذا لا يعد من التفريق لخيار العيب ، وإنما يعد من التفريق للضرر ، بدليل أن ذلك الحق لايثبت في العيب الذي كان قائما وقت الزواج فقط بل يثبت أيضاً في العيب الذي يعرض بعد ذلك ، مع أن الخيارات التي يثبتها الفقه الإسلامي يجب لتحقيق معناها أن يكون سببها قائماً وقت إنشاء العقد ، فخيار العيب يوجب أن يكون العيب قائماً وقت العقد ولايعلمه ، ولذلك يكون الفسخ بخيار العيب في البيع ونحوه مستندا إلى وقت العقد أي أنه يعود عليه بالنقص لنقصان الرضا وقت الإنشاء ، وليس الأمر كذلك في التفريق للعيب في الزوج ، إذ أنه يثبت من وقت حكم القاضي؛ فحتى على رأي من يقول إنه فسخ لاطلاق — هو إنهاء للزواج وإن لم يعد في الطلقات ، وهذا ظاهر كل الظهور بالنسبة للعيب الطارىء بعد تمام العقد .

أما العيب الذي كان ثابتاً وقت العقد ، فإن سبب الفسخ يكون قائماً من وقت إنشائه ، وإن تأخر العلم ، ويكون العقد غير لازم بالنسبة لها ، ولكن عند التفريق ، لايكون التفريق مستنداً إلى وقت العقد كالتفريق لخيار العيب بل يكون ثابتاً من وقت الحكم ، ولذلك تترتب الآثار إلى ماقبل الحكم فتجب

النفقة اتفاقاً ويثبت المهر كله بعد الدخول أو بعضه قبله على قول الأكثرين وهكذا .

هذه شروط الزواج لصحته ونفاذه ولزومه قد فصلنا بعضها ، وكنا قد تركنا ما يحتاج تفصيله إلى شرح وإيضاح ، وهو كون المرأة حلا للرجل والولاية والكفاءة ، ولنبين ذلك الآن .

المحـرمات

٤٦ ـ المحرمات قسمان : (١) محرمات على وجه التأبيد ، لايحل للرجل أن يتزوج بهن أبداً ، وهن اللاتى كان سبب تحريمهن وصفاً غير قابل للزوال كالبنوة والأخوة ، والعمومة ، وهكذا . (٢) ومحرمات تحريما مؤقتاً ، وهن اللاتى يكون سبب تحريمهن أمراً قابلا للزوال ، فيكون التحريم ما بقى ذلك الأمر ، ككونها زوجة للغير ، وكونها مشركة ، أو كونه غير مسلم ، فإن هذه أمور قابلة للزوال ، فإذا زالت زال التحريم .

والمحرمات على التأبيد ثلاثة أنواع (١) محرمات بسبب القرابة ، ومحرمات بسبب المصاهرة ، ومحرمات بسبب الرضاعة ، فإن هذه الأنواع الثلاثة تنشىء صلات غير قابلة للزوال ، فيكون التحريم أيضاً غير قابل للزوال .

٤٧ ـ والمحرمات بسبب القرابة أربع شعب هى :

(أ) فروع الرجل من النساء ، وإن نزلن ، فتحرم عليه بنته ، وبنت بنته ، وبنت ابنه ، وهكذا كل فرع يكون جزءاً منه أو جزءاً مما يتصل به ذلك الاتصال .

(ب) أصوله من النساء ، وإن علون ، فأمه وجداته من جهة أبيه ، أو من جهة أمه جميعاً من أصوله من النساء وهن حرام عليه ، إذ هو جزء منهن ، فكما حرم عليه جزؤه ، فكذلك حرم عليه من هو جزؤهن .

(ج) فروع أبويه وإن نزلن ، وفروع الأبوين هن الأخوات ، سواء أكن شقيقات ، أم لأب ، أم لأم ، وفروع الإخوة والإخوات ، فيحرم

على الرجل أخواته جميعاً ، وأولاد إخوته وأخواته جميعاً ، وفروعهن مهما تكن الدرجة .

(د) فروع الأجداد والجدات إذا انفصلن بدرجة واحدة ، فالعمات والخالات حرام عليه ، مهما تكن درجة الجد والجدة ، ولكن بنات الأعمام والأخوال والخالات والعمات حلال . مهما بعد الجد أو الجدة التى تفرعن منها ، إذ المحرم من فروع الأجداد والجدات من ينفصل عن الأصل بدرجة واحدة .

٤٨ — والأصل الذى ثبت به تحريم هؤلاء هو قوله تعالى :

« حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ ، وبنات الأخت » فإن تلك الآية الكريمة حرمت سبعاً بنصها وبعض الأنواع السابقة تبين تحريمه من نص الآية الكريمة ، وبعضها يستبين بضرب من التفسير ، أو التأويل الظاهر .

فالأم ثبت تحريمها بنص الآية ، لأنها ذكرتها بنصها ، ومثل ذلك البنات الصلبيات ، والعمات والخالات ، وكل من ينفصل بدرجة واحدة يطلق عليه عمة أو خالة مهما يعلون ، ومهما يكن الجدود الذين ينتمون إليهم ، وكذلك ثبت بالنص تحريم الأخوات ، وبنات الأخ وبنات الأخت .

أما الجدات فكان تحريمهن — أولا — بالإجماع ، إذا انعقد الإجماع على ذلك معتمداً على الآية — وثانياً لأن الجدات أمهات مجازاً ، إذ الأم تطلق على الأصل من النساء على سبيل المجاز ، أو المراد بالأمهات الأصول ، وذلك إطلاق لغوى استعمله القرآن الكريم فى قوله تعالى : « وعنده أم الكتاب » . وثالثاً — بدلالة النص ، لأن الله تعالى حرم العمات والخالات ، فالجدات أولى بالتحريم ، لأنهن طريق الاتصال ففهم تحريمهن بدلالة النص .

وبنات البنات وإن نزلن ، وبنات الأبناء كذلك ثبت تحريمهن بالطرق الثلاث : النص ، والإجماع ، ودلالة النص ، لأنهن أقرب إلى الرجل من عماته وخالاته ، وبالمجاز ، إذ هن بنات الشخص مجازاً .

ومثل ذلك بنات بنات الأخ ، وبنات بنات الأخت إلى آخره ، فقد كان الإجماع عليهن ، وثبت التحريم بدلالة النص ، وبطريقة المجاز كما بينا .

والقرابة المذكورة فى الآية سبب التحريم ، سواء أكان سبب ذلك النكاح أم السفاح ، فالبنت التى تلدها ممن يزنى بها حرام عليه ولو كان نسبها لايثبت منه . لأن الزنى لايثبت نسباً . وهكذا فالنظر فى القرابة المحرمة إلى الواقع ، لأن العلة هى الجزئية ، وصلة الدم ثابتة قائمة فيثبت معها التحريم .

وهذا مذهب أبى حنيفة وأصحابه . ومذهب الشافعى خالف ذلك ، وقرر أن القرابة التى تكون من سفاح لاتحرم النكاح إنما الذى يحرم النكاح هو القرابة الناشئة من نكاح . لأنها القرابة التى يثبت بها النسب شرعاً ، وفى غيرها ينتفى النسب ، فلا تحريم لذهاب موجبه ، ولأن التحريم بالقرابة نعمة ، والنعمة لاتثبت بالمعصية .

٤٩ — حكمة التحريم :

(ا) قد أجمعت الشرائع المنزلة على تحريم الزواج من المذكورات ، فالإسلام هذا نصه ، واليهودية والنصرانية فيما بقى منهما من أحكام إلى اليوم ترى فيها التحريم لهؤلاء ثابتاً ونصوصه قائمة ، وأجمعت الشرائع المنزلة على تحريم ذلك ، لأنه مشتق من الفطرة الإنسانية ، بل بعض الحيوان العالى لايأخذ أليفه من عشه أو وجاره ، إنما يسعى إلى عش آخر أو وجار آخر .

(ب) ولقد أثبتت التجارب العلمية التى أجريت فى الحيوان أن التلاقح بين سلائل مختلفة الأرومة ينتج نتاجاً قوياً . والتلاقح بين حيوانات متحدة الأرومة ينتج نسلا ضعيفاً .

وعلى ذلك يكون التزاوج بين القرابة القريبة ينتج نسلا ضعيفاً ، وقد لاحظ ذلك الأقدمون ، فهذا عمر بن الخطاب رضى الله عنه يقول لآل السائب ، وقد رآهم يتزاوجون فيما بينهم : « قد أضويتم ، فانكحوا النوابغ » .

وتعليل ذلك واضح ، فإن الإقبال على ذات القرابة القوية لايكون قوياً ، والولد نتيجة هذا الإقبال ، إذ يولد من ذلك .

(ج) هذا وإن الزواج من هؤلاء القريبات يفسد العلائق الكريمة التى تربط بينهن . والعواطف الشريفة التى تبعثها الفطرة إليهن، فأولئك يتمتعن بحدب الأبوة وحنانها ، أو بر البنوة وإجلالها للأبوة . أو مشاركة الأخوة فى نماذج الأحاسيس الأخوية التى أوجدتها المشاركة فى الدم ، وهكذا سائر القرابات القريبة . فإذا كان الزواج منهن فسدت تلك العلائق لأن أكثرها يتنافى مع الأنس الزوجى الذى يقتضى أن ينخلع الإنسان فى كثير من الأحيان من ربقة التقاليد التى كونتها العلائق السابقة ، وحينئذ تفسد هذه العلائق بمقاومة العاطفة التى يخلقها الزواج ، فتضعف كلتاهما بالمقاومة . فلا تكون قرابة كريمة شريفة ، ولازوجية صالحة :

ولقد قال فى هذا المقام الكاسانى فى البدائع ، « إن نكاح هؤلاء يفضى إلى قطع الرحم ، لأن النكاح لايخلو من مباسطات تجرى بين الزوجين عادة وبسببها تجرى الخشونة بينهما أحياناً . وذلك يفضى إلى قطع الرحم ، فكان النكاح منهن سبباً لقطع الرحم ومفضياً إليه ، والمفضى إلى الحرام حرام ،. وهذا المعنى يعم الفرق السبع ، لأن قرابتهن محرمة القطع . واجبة الوصل ، وتختص الأمهات بمعنى آخر ، وهو أن احترام الأم وتعظيمها واجب ، ولهذا أمر الولد بمصاحبة الوالدين بالمعروف . وخفض الجناح لها . والقول الكريم فى خطابهما ، ونهى عن التأفيف منهما ، فلو جاز النكاح . والمرأة تكون فى طاعة الزوج . وطاعته مستحقة عليها للزمها ذلك . وإنه ينافى الاحترام ، فيؤدى إلى التناقض » .

وإن ذلك الكلام حق لاريب فيه ، لأن الحياة الزوجية لاتتفق مع علاقات القرابة ، ولاتستقيم كلتاهما مع الأخرى فتفسد كلتاهما .

وذلك فوق أنه قد يكون تنافس بين هؤلاء الأقارب على واحدة منهن فتكون القطيعة .

(د) وإنا لو أبحنا الزواج بين هؤلاء الأقربين لكان من الواجب ألا يلتقى الرجل بإحدى هؤلاء القريبات ، حتى لايتولد الطمع فيهن ، والطمع يلهب الحس ويثور بسببه الشوق ، فتكون مفاسد ، وإذا منع التقاء

الأخ بأخته ، والرجل بعمته وخالته وابنة أخيه لكان فى ذلك ضيق شديد ، فكان التحريم لينقطع الطمع ، ويكون اللقاء . وقد قال الدهلوى فى حجة الله البالغة : « الأصل فى التحريم جريان العادة بالاصطحاب والارتباط ، وعدم إمكان لزوم الستر بينهم ، وارتباط الحاجات من الجانبين على الوجه الطبيعى دون الصناعى . فإنه لو لم تجر السنة بقطع الطمع عنهن والإعراض على الرغبة فيهن لهاجت فيهمفاسد لاتحصى ، وأيضا لو فتح باب الرغبة فيهن ولم يسد . ولم تقم اللائمة عليهم فيه ، لأفضى ذلك إلى ضرر عظيم عليهن ، فإنه يكون سبب عضلهن عمن يرغبن فيه لأنفسهن » .

وبعد ، فإن هذا التحريم هو صوت الفطرة ، والدفاع عنه دفاع عن بدهيات ، والأمم التى كانت تبيح بعض هذا قد أنكر التاريخ صنيعها ، وساق أخبارها فى مساق المنكرات ، وسجل سوء مغبته .

٥٠ — المحرمات بسبب المصاهرة : يحرم بسبب المصاهرة على التأبيد أربع شعب :

أولاها — من كانت زوجة أصله ، وإن علا ذلك الأصل ، سواء أكان من العصبات كأبى الأب ، أو كان من ذوى الأرحام كأبى الأم . وسواء أدخل بها الأصل أم لم يدخل .

الثانية — من كانت زوجة فرعه سواء أكان من العصبات كابن الابن أم من ذوى الأرحام كابن البنت ، وسواء أدخل بها أم لم يدخل .

الثالثة — أصول من كانت زوجته وإن علون سواء أدخل بزوجته أم لم يدخل .

الرابعة — فروع من كانت زوجته ، وإن نزلن ، ولكن بشرط الدخول بزوجته .

٥١ — ولنبين الدليل على تحريم كل طائفة من هذه الطوائف الأربع أما الطائفة الأولى : فالدليل على تحريمها قوله تعالى : « ولاتنكحوا مانكح

آباؤكم من النساء إلا ماقد سلف إنه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلا » وقددلت هذه الآية الكريمة بنصها على تحريم زواج من كانت زوجة للأب ، وبما اشتملت عليه من تعليل للتحريم تدل على تحريم أزواج الأجداد وإن علوا ، لأن وصف المقت والفاحشة يتحقق فى التزوج ممن كن زوجات الأجداد وإن علوا ، كما يتحقق فى التزوج من زوجة الأب ، ويصح أن يفهم تحريم زوجات الأصول جميعاً من النص على تحريم زوجات الآباء لأن كلمة الآباء يراد بها الأصول ، إذ لفظ الأب قد يراد به الأصل مجازاً فيشمل الأب الحقيقى والجد وإن علا ، وقد انعقد الإجماع على تحريم زوجات الأجداد ، فكان ذلك التحريم ثابتاً بالإجماع .

هذا وإن نكاح زوجة الأصل يفضى إلى قطع الرحم ، لأنه إذا فارقها أصله فقد يندم ، فيريد أن يعيدها ، فإذا تزوجها ابنه أو حفيده فقد قطع السبيل دون إرادته ، وأوحشه بذلك ، وإن الفطرة السليمة تجافى ذلك النكاح الذى سماه الشارع مقتاً وفاحشة .

والآية تفيد أن زوجة الأصل محرمة ، سواء أدخل بها الأصل أم لم يدخل لأن النكاح المراد به العقد ، فالعقد وحده سبب للتحريم ، سواء أكان معه دخول أم لم يكن .

وأما الطائفة الثانية ، وهى زوجة الفروع فقد ثبت تحريمها بقوله تعالى : « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » وذلك عطف على قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم » .

وقد قيد الله سبحانه وتعالى الأبناء بقيد أن يكونوا من الأصلاب ، لكى يعرف الأبناء بذلك الوصف ، فيفيد النص أن الأبناء هم الذين من الصلب لا الذين يتبنون ، وبهذا يتبين أن المحرم هو زوجات الأبناء ، لا زوجات المتبنين ، لأنهم ليسوا أبناء ، إذ ليسوا من دمه ، وليسوا جزءاً منه .

وقد ثبتت حرمة زوجة الابن بالنص وغيره من الفروع بالقياس المساوى الجلى ، لأن سبب التحريم هو الجزئية ، وكل فروع الشخص أجزاء منه ،

أو يراد من الأبناء كل من يتصل به بصلة الولادة ، لأن أولئك أبناء مجازاً له ، وقد انعقد الإجماع على تحريم زوجة الفرع .

وزوجة الفرع محرمة ولو لم يدخل بها ، لأن الله تعالى قال : « وحلائل أبنائكم » ، والحليلة من تحل ، سواء أحصل دخول أم لم يحصل .

والحكمة فى تحريم زوجة الفرع هى المحافظة على العلائق بين آحاد الأسرة ، ومنع كل ما يؤدى إلى القطيعة بينهم ، إذ لو أبيح للرجل أن يتزوج حليلة ابنه بعد أن يطلقها لأدى ذلك إلى بذر بذور الضغينة بينهما ، لأن الابن ربما يريد معاودة الحياة مع مطلقته ، فإذا رأى أباه قد تزوجها أضغنه ذلك ، وأوحشه ، وإن زوجة الابن كبنت الرجل ، وكثيراً ما تناديه بنداء البنت لأبيها ، فكيف يحل له زواجها ؛ وإن هذا ضد الفطرة السليمة .

وأما الدليل على تحريم الطائفة الرابعة . وهن فروع من كانت زوجته التى دخل بها فهو قوله تعالى « وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن ، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » ، وذلك عطف على قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم . . »

والربيبة هى ابنة الزوجة ، لأنه يربيها . وهى حرام بنص الآية سواء أكانت فى الحجر أم لم تكن ، ووصفها بأنها فى الحجر ؛ وصف كاشف وليس بقيد ، لأن الغالب أنها تكون فى الحجر ، ولقد قال بعض الناس إن تحريم الربيبة مقيد بأن تكون فى الحجر ، ويروى ذلك القول عن على ، وليس بصحيح فى نسبته وحجته ، لأن ذكر الوصف عند التحريم لايدل على الحل إذا لم يكن ، بدليل أنه عندما نص على حال الحل ذكرها فى حال الدخول فقط ، فقال : « فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » ولم يذكر عند الحل الحال التى لاتكون فى حجره ، فأقصى ما يدل عليه الوصف أن يكون مشيراً إلى الغالب ، أو هو مبين للتحريم فى حال وجوده ، والباقى فهم تحريمه من علة التحريم ، أى بالقياس الجلى ، أو من مفهوم قوله تعالى : « فإن لم

تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » فإنه يثبت أنه فى حال الدخول تثبت الحرمة سواء أكانت فى الحجر أم لم تكن .

فالحق أن ذلك الوصف ليس للتقييد ، بل خرج تخريج العادة ، ولبيان قبح التزوج بهن . لأنهن غالباً فى حجورهم كأبنائهم وبناتهم ، فلهن ما للبنات من تحريم . وأما دليل تحريم الطائفة الثالثة ، فقوله تعالى : « وأمهات نسائكم » بالعطف على : « حرمت عليكم أمهاتكم » وقد أثبت هذا النص حرمة زواج الأم . وأثبت حرمة زواج الجدات بدلالة النص ، أو القياس الجلى ، أو دلالة الأولى على حسب تسمية علماء الأصول لذلك النوع من الدلالة . وقد انعقد الإجماع على تحريم كل أصول الزوجة . ويصح أن نقول أن المراد من الأمهات الأصول . لأن الأم هى الأصل فى بعض الإطلاقات ، ويجوز أن تكون هنا كذلك

وأمهات الزوجة يحرم الزواج بهن ، سواء أدخل بالزوجة أم لم يدخل ، للإطلاق ، وعدم التقييد بحال الدخول ، كما قيد التحريم فى قوله تعالى « وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن » وهذا رأى الجمهور من الفقهاء

وهناك رأيان آخران (أحدهما) أن تحريم أم الزوجة مقيد بالدخول بها كما قيد تحريم بنت الزوجة .

والرأى الثانى هو رأى زيد بن ثابت . وهو أنه إن حصل فراق البنت عن طلاق قبل الدخول تحل له الأم . وإن كان الفراق بسبب الوفاة فلا تحل ، لأن الفراق بالموت كالفراق بعد الدخول يثبت المهر كاملا ، فكان مثبتاً للتحريم كما أثبت المهر .

واحتج من اشترط الدخول لتحريم البنت أن الله تعالى قال : « وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن ، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » وقد جاء القيد الأخير بعد الأمرين فكان التحريم فى الطائفتين مقيداً بالدخول ، وعلى ذلك يكون شرط الدخول ثابتاً فى تحريم الأمهات ، كما هو ثابت فى تحريم البنات .

واحتج الجمهور بظاهر الآية ، لأن الوصف كان للحال الأخيرة دون سابقتها فكانت الأولى على إطلاقها ، وكان التحريم فى الثانية مقيداً بحال الدخول ، والأصل فى الألفاظ أن تجرى فى ظاهرها ، واعتبار القيد للاثنين تخريج للكلام على غير ظاهره . ولايخرج الكلام على غير الظاهر إلا لداع إليه ، كعدم استقامة المعنى على الظاهر . والمعنى هنا على الظاهر مستقيم لايحتاج إلى تخريج .

وقد أيدت السنة ذلك الظاهر ، وعينته . فقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « أيما رجل تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها أو ماتت عنده ، فلا بأس أن يتزوج ابنتها ، وأيما رجل تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها ، أو ماتت عنده ، فلا يحل له أن يتزوج أمها » (١) .

وإن التفرقة بين الزواج من أم الزوجة وبنتها واضح . لأنه إن طلق البنت قبل الدخول بها ، وتزوج أمها ألتى بنيران العداوة فى قلب البنت ، وليس فى نفسها من دواعى الإيثار ما يجعلها تؤثر أمها بذلك الزوج على نفسها ، والعرف لايعاونها عليه ، أما الأم فإنها فى العادة وبسنة الفطرة تؤثر بنتها على نفسها ، وإن وقعت فى نفسها الغيرة فإن مجرى العادة والعرف يطفئها وفرط محبتها لابنتها يلطفها . وإن حصل دخول بالأم ، تكون قد استوفت حظوظ الزواج ، وكانت بنتها كبنت الزوج ، لاتحل له ، والعادات ومجارى العرب لا تقر هذا الزواج فكان التحريم .

٥٢ — وقبل أن نترك هذا المقام نشير إلى أمرين كانا موضع اختلاف الفقهاء ، أحدهما — اللمس بشهوة ، والنظرة بشهوة ، أيعتبر كالدخول الحقيقى ويعطى أحكامه فى حال اشتراط الدخول للتحريم ، وهى حال الربيبة ، أم لايكون كالدخول ، فلا تحريم به .

قال أبو حنيفة ، ومالك ، والثورى ، والأوزاعى ، والليث بن سعد ، إن اللمس بشهوة يكون كالدخول ، وهو أحد قولى الشافعى ، وقال داود

---

(١) طعن فى هذا الخبر محمد بن جرير الطبرى ، ولكن قد كثر النقل عن النبى صلى الله عليه وسلم فى معناه ، وجاءت الفتوى بمعناه عن كثير من الصحابة .

والمزنى لايحرم إلا الدخول الحقيقى ، وهو القول المختار المفتى به عند الشافعية.

وقد اشترط أبو حنيفة فى النظر الذى يعتبر كالدخول وكاللمس بشهوة أن يكون للفرج .

وأساس الخلاف فى هذا الأمر أن من يرى أن النظر بشهوة أو اللمس بشهوة كالدخول فى إثبات التحريم -- توسع فى معنى الدخول ، فجعل كل ماهو من قبيل الاستمتاع من نظر ولمس بشهوة ، أو لمس بشهوة فقط على رأى بعضهم يعد دخولا لما فيه من معنى المتعة التى جعلت الدخول محرماً ، وقد أيدوا نظرهم ببعض الأخبار ، من مثل ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من نظر إلى فرج امرأة حرمت عليه أمها وابنتها » .

أما الفريق الذى لايعتبر غير الدخول الحقيقى محرماً ، فهو لم يتوسع ذلك التوسع فى معنى الدخول . لأن اللفظ إذا أطلق لاينصرف إلا إلى معناه الحقيقى . وإن الأخبار التى يعتمد عليها الفريق الأول أخبار ضعاف فى نظر من اقتصروا فى معنى الدخول على الحقيقى دون سواه .

الأمر الثانى – الذى كان موضوع خلاف الفقهاء هو أنه إذا حصل دخول بامرأة من غير عقد ، أيحرم من يحرمه العقد ، ويحرم من يحرمه الدخول فى عقد صحيح : لقد اتفق الفقهاء على أن الدخول بغير عقد كالدخول بعقد صحيح . إن كان الدخول حلالا فى أصله كالدخول بملك اليمين ، أو كان حراما فى ذاته ، ولكن وجدت شبهة أسقطت الحد ، ومحت وصف الجريمة ، ولم يعتبر زنى كالدخول فى بعض الأنكحة الفاسدة . أو الوطء بشبهة . ويعتبر الدخول فى هذه الأحوال أيضا كالعقد ، يحرم مايحرمه.

وإنما موضوع الخلاف هو الدخول الذى يعتبر زنى ، فهنا اختلف الشافعى ، وأبو حنيفة وغيرهم ، فالشافعى يرى أنه لايوجب تحريماً كالعقد، ولو كان الدخول فى عقد . وأبو حنيفة والأوزاعى يعتبره محرماً لما يحرمه النكاح والدخول فى عقد صحيح ، وأما مالك فالمروى عنه فى الموطأ مثل قول الشافعى ، وروى عنــه ابن القاسم مثل قول أبى حنيفة : إنه يحرم ،

وسحنون يذهب إلى أن الصحيح عند مالك مارواه الموطأ ، وهو الموافق لرأى الشافعى .

والأصل فى هذا أن أبا حنيفة اعتبر الأساس فى تحريم حرمة المصاهرة بسبب الدخول هو الدخول من غير قيد الحل . فالعلة فى التحريم بسبب المصاهرة فى الدخول بملك اليمين هى مجرد الدخول من غير نظر إلى كونه من نكاح ، ومادامت علة تحريم الأصل هى مجرد الدخول . فالدخول الحرام الذى لم يدرأ فيه الحد قد تم فيه مناط التحريم . فيكون التحريم ، ويرشح ذلك أن الدخول فى النكاح الفاسد حرام لاشك فى ذلك ، ومع ذلك إن وجدت شبهة قوية كان سبباً فى التحريم بالإجماع .

والشافعى يفرق بين الدخول الحلال ، والدخول الحرام ، وأمارة الحل والحرمة هو الحد ، فإن لم يوجد الحد كان الدخول حلالا أو كالحلال ، وإلا فهو حرام . والدخول الحرام غير مثبت لحرمة المصاهرة ، لأنها نعمة لا تكون بأمر قام الدليل على أنه حرام من غير شبهة . ويقول رحمه الله فى التفريق بين دخول حلال ودخول حرام ، عند مناظرته للإمام محمد بن الحسن . « وطء حمدت به ، ووطء رجمت به ، فكيف يشتبهان ؟ ! » .

٥٣ — الحكمة فى التحريم بالمصاهرة : أن الشرائع السماوية قد وافقت الشريعة الإسلامية فى التحريم بسبب المصاهرة ، فكان هذا دليلا على أن ذلك التحريم مشتق من الفطرة الإنسانية ، إذ لم تختلف فيه الشرائع ، والحق أنه يتفق مع الطبع السليم ، فإن المرأة إذا اقترنت بالرجل صارت قطعة من نفسه ، وصار هو قطعة منها ، « هن لباس لكم ، وأنتم لباس لهن » ، وإذا صارت جزءا لا ينفصل من نفسه كان من منطق الزواج أن تكون أمها كأمه وابنتها كابنته ، وتحرم هى على أبيه كما يحرم على أمها ، إذ صار أبوه أباها أيضا ، وتحرم على ابنه كما يحرم ابنها عليها ، وما باعدت الحق كثيراً الشرائع التى تسمى أبا الزوجة أباً للزوج ، وابنها ابناً له وأباه أباً لها . . . وماجاوز الناس فى عرفهم الطبيعة والحق إذ أطلقوا هذه الأسماء .

وإنه لو أبيح أن يتزوج أم زوجته وابنها ، وهى تتزوج أباه وابنه

لأدى ذلك إلى أن تقام الحجب ، وبذلك ينقطع الرجل عن أهله ، وتنقطع هى عن أهلها ، فيكون كلاهما فى وحشة لايجد من يسرى عنه . ولا من تبثه نفسها ، ولايجد كذلك من يعاونه ويزيل همه ويلتى إليه بدخائل نفسه .

وإنه لو ساغ للأم أن تتزوج زوج ابنتها ، وللبنت أن تتزوج زوج أمها لقطعت الأرحام ، ولأوجس الأصل خيفة من فروعه ، وأوجس الفرع الخيفة من أصله . وما بمثل ذلك تقام دعائم الأسر .

التحريم بالرضاع

٥٤ — هذا هو القسم الثالث من المحرمات على التأبيد ، ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة ، والمحرمات من الرضاع على ذلك شعب ثمان هى :

١ — أمهاته اللاتى أرضعنه ، وبعبارة عامة أصوله من الرضاعة سواء كن من جهة الأب ، أم من جهة الأم ، كأم من أرضعته . . وأم أبى من أرضعته ، وأم أبيه رضاعاً . والأب الرضاعى هو زوج الأم الرضاعية الذى كان سبب اللبن الذى رضع منه الطفل . فإذا كانت امرأة متزوجة برجل عقبت منه نسلا ، فرضع طفل من لبن ذلك النسل ، فهو ابن للزوج ، ولو كانت وقت الإرضاع زوجة لصاحب اللبن .

٢ — فروعه من الرضاع ، فتحرم عليه ابنته رضاعاً ، وهى التى تكون قد رضعت من لبن كان هو سبب وجوده على ما بينا ، وابنة بنته من الرضاع هى من أرضعتها ابنته الصلبية ، أو ابنته الرضاعية على ما ذكرنا .

٣ — فروع أبويه من الرضاع ، وإن نزلن ، سواء أكانت صلتهم من جهة الأب أم من جهة الأم ، فيشمل أخته الرضاعية التى أرضعتها أمه وفروعها ويشمل أخته التى رضعت من امرأة كانت زوجة لأبيه ، إذا رضعت من لبن كان أبوه سببه وفروعها كذلك .

٤ — ويحرم فروع أجداده إذا انفصلن بدرجة واحدة ، سواء أكن

جدوداً من جهة الأم أم من جهة الأب كما بينا ، وسواء أكانت فروعهم — طريق الاتصال بينه وبين الأب أم الأم .

٥ — الأصول الرضاعية لزوجته فأمها التى أرضعتها تحرم عليه ، وجدتها كذلك سواء أكانت أم أمها رضاعاً أم أم أبيها ، وسواء أدخل بزوجته أم لم يدخل ، لأن الرضاع فى المصاهرة ، كالنسب فيها .

٦ — فروع زوجته من الرضاع إن دخل بزوجته . فتحرم عليه ابنتها ، رضاعاً ، وحفيدتها رضاعاً . سواء أكان طريقها البنت ، أم كان طريقها الابن .

٧ — زوجة أصله الرضاعى ، وأصله الرضاعى هو من كان أباً لمن أرضعته أو كان هو سبب اللبن الذى رضع منه .

٨ — زوجة فرعه ، فتحرم عليه زوجة ابنه الرضاعى ، ويشمل ابن بنته الصلبية إذ كان هو سببه ، كما يحرم عليه زوجة ابن بنته الرضاعية ، ويشمل ابن بنته الصلبية الذى أرضعته ، وابن بنته الرضاعية . . وهكذا .

٥٥ — ولقد ثبت التحريم بالرضاع بالكتاب ، والسنة ، والإجماع ، أما الكتاب ، فقوله تعالى : « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة » وهذه نص فى تحريم الأصول والأخوات ، ولم تتعرض بنصها لغير هؤلاء . وقد فهم المفسرون من هذه تحريم الباقى من المحرمات ، وذلك لأنه تعالى لما سمى المرضع أما وابنة المرضع أختاً ، فقد نبه بذلك على أنه تعالى أجرى الرضاع مجرى النسب ، فيفهم الباقى بدلالة النص ، أو فحوى الخطاب إذ كيف يحرم عليه أصوله رضاعاً ، وتحل له ابنة بنته رضاعاً ، وكيف تحرم عليه أخته رضاعاً ، وتحل له ابنتها ، وكيف تحرم عليه من التقت معه على ثدى أمه ، وتحل له أخت أمه رضاعاً ، بل كيف تحل له هذه ، وقدحرمت ابنة أخته والعلاقة واحدة .

ولقد كان الاقتصار على ذكر الأمهات والأخوات مشيراً إلى الباقى ، لأن المحرمات بالنسب قسمان : قسم الأولاد وهو ما كانت الصلة فيه من عمود النسب .

وقسم الحواشى . وهو ما كان غير ذلك ، فذكر من كل قسم ما يشير إلى

سائره ، أو يدل عليه بدلالة الأولى ، فذكر من عمود النسب الأمهات ، ومن الحواشى الأخوات ، وكان فى العبارة من التنبيه — مايجعل العقل يحكم على الباقى بالتحريم ، إذ سمى المرضع أما ، وأولادها أخوات ، فكان ذلك موجهاً العقل لأن يحكم فى الباقى ، وذلك من الإيجاز المعجز ، والبيان المحكم .

ولقد جاءت السنة بعد ذلك مجلية ، مؤكدة ذلك المعنى ، فقد روى أنه صلى الله عليه وسلم لما طلب إليه أن يتزوج ابنة عمه حمزة قال : « لاتحل لى ، إنها ابنة أخى من الرضاعة . ويحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » وروى أن عائشة كانت قد رضعت من امرأة أبى القعيس من ولادة منسوبة إليه ، فجاء أفلح أخوها يستأذن عليها . فلم تأذن له وقالت : إنما أرضعتنى امرأة أخيه . فلا آذن له ، حتى أستأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم . فلما ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم قال «إيذنى له ، فإنه عمك ، تربت يداك».

٥٦ — يتبين مما تقدم أن من يحرم من النسب يحرم من الرضاع . وأن المصاهرة والرضاعة كالمصاهرة النسبية ، وفى الجملة كل علاقة بسبب النسب أوجدت تحريما ، فمثل هذه العلاقة إذا كانت رضاعا توجب التحريم أيضا .

بيد أنه توجد أحوال تثبت مع النسب علاقة ، ولاتثبت فى الرضاع أى علاقة . وفى هذه الحال لايكون تحريم ، لأنه لاتوجد رابطة رضاع أومصاهرة .

ومن ذلك — الصورة الآتية :

(١) أخت الابن من الرضاع ، فإنه لاعلاقة تربطها بالأب ، بينما توجد هذه العلاقة حتما فى أخت الابن النسبى ، لأنها إما أن تكون ابنته ، أو ابنة زوجته المدخول بها ، وكلتاهما حرام عليه ، ولذلك تحرم أخت الابن أو البنت نسباً لهذه العلاقة ، ولاتحرم أخت الابن أو البنت رضاعا ، لعدم وجود أى علاقة .

(ب) أم أخته أو أخيه رضاعا لاتربطهما به علاقة ، ولذلك لاتحرم ، بينما نظيرتها فى النسب ، وهى أم أخيه أو أخته نسباً تكون حراما عليه ، لأنها زوجة أبيه ، أو من دخل بها أبوه ، فلا تحل له هذه العلاقة المحرمة.

(ج) جدة ابنه أوابنته رضاعا لاتحرم عليه ، لعدم وجود علاقة تربطها به ،

بينما جدة ابنه أو ابنته نسبا تحرم عليه لوجود هذه العلاقة ، لأنها من أمهات زوجته فتحرم عليه لهذه العلاقة .

وأخت أخيه رضاعا لاتحرم عليه لعدم العلاقة ، وكذلك أخت أخيه نسباً لاتحرم إذ لم تكن علاقة ، كأن يكونا أخوين لأب ، ولأحدهما أخت لأمه أو أخوين لأم ولأحدهما أخت لأبيه ، فإنه لاعلاقة بينه وبين أخت أخيه فى هذين المثالين ، فلا يوجد تحريم ، لعدم وجود سببه .

٥٧ — وقبل أن نبين المقدار المحرم من الرضاع ، وحكمة التحريم نذكر أمرين فى الرضاع اختلف الفقهاء فى كونهما من أسباب التحريم فيه (أولهما) التحريم من جانب الرجل بالرضاع أى اعتبار صلة الرضاع محرمة بين الرضيع وصاحب اللبن (وثانيهما) مسألة كون الرضاع موجباً للمصاهرة المحرمة كما أوجب النسب ، كأم زوجته رضاعاً ، وفروعها رضاعاً من غيره ، وهكذا.

أما المسألة الأولى ، وهى مسألة نسبة اللبن إلى الرجل ، وكونه محرماً ، فقد قرر جمهور الفقهاء أنه يحرم ، فإذا أرضعت الأم طفلة بلبن جاءها بسبب حمل من رجل حرمت تلك الطفلة على أقاربه ، فتحرم على أخيه باعتبارها ابنة أخيه ، وتعتبر أختاً لأولاد الرجل النسبيين . . وهكذا . . وتسمى مسألة لبن الفحل ، وقد روى عن أحمد بن حنبل فى تفسير كلمة لبن الفحل ، وكونه سبباً للتحريم مانصه « لبن الفحل أن يكون للرجل امرأتان فترضع هذه صبية وهذه صبياً لاتزوج هذه من هذا » .

ولقد تبع جمهور الفقهاء فى هذا جمهور الصحابة والتابعين ، ولقد خالف فى هذا بعض التابعين ، منهم سعيد بن المسيب ، وعطاء بن يسار ، والنخعى ، وتبعهم الشافعى فى أحد قوليه ، فأولئك لايوجبون التحريم بسببه ، وحجتهم (١) أن سبب التحريم بالنسبة للرجل غير قائم ، لأن المرضع إذا أرضعت الولد ، فقد أخذ جزءاً منها ، إذ تكون لحمه وعظامه من لبنها ، فكان حقاً أن يكون ولدها ، وتحرم عليه بسبب هذه الصلة ، أما الرجل الذى كان منه الحمل الذى أوجد اللبن فلا صلة بينه وبين الولد ، إذ لم يتكون منه عظم ، ولا لحم (٢) وأن الله سبحانه وتعالى عندما أثبت التحريم الموجب للرضاعة أثبت

اهو من قبل الأم ، ولم يذكر صلة الرجل فقد قال : « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم » ولم يذكر فروعاً للرجل ، فكان ذلك التفريق فى البيان مقرراً للتفريق الطبيعى الذى قررناه (٣)وقد روى عن بعض الصحابة أنهم لايرون أن الرضاعة من قبل الرجل توجب التحريم .

وحجة الجمهور فى إثبات التحريم (١) حديث عائشة الذى سبق بيانه فى أدلة التحريم بالرضاع ، وروى البخارى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه سئل عن رجل له امرأتان ، فأرضعت هذه غلاماً ، وهذه جارية ، هل يصح للغلام أن يتزوج الجارية . فقال . « . . اللقاح واحد » فكان بين الغلام والجارية علاقة أخوة بسبب هذا اللقاح . (٢) وحديث « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » يدخل فيه الأب ، وكل ما يتصل ، لأنه أثبت أن المحرمات من الرضاع هن المحرمات من النسب جملة وتفصيلا .

أما المسألة الثانية ، وهى إثبات المصاهرة المحرمة بالرضاع ، كما ثبت بالنسب فقد خالف فيها بعض فقهاء المذهب الحنبلى ، وما ذكرناه هو رأى جمهور الفقهاء على العموم . وقد روى ابن القيم فى زاد المعاد عن شيخه ابن تيمية أنه توقف ، وذكر فى حججه عن توقفه . أن الولاية الواردة فى التحريم بسبب الرضاعة ، والأحاديث المبينة للذلك لم تذكر المصاهرة قط ، والمعانى التى تكون فى النسب وتثبت حرمة المصاهرة بسببها لاتوجد فى الرضاعة فلا يمكن أن يقاس التحريم فى المصاهرة بالرضاع على المصاهرة فى النسب ، إذ هناك فوارق عظيمة لطبيعة ما بين النسب والرضاع من تباين ، وأحكام الشرع تقرر هذا التباين : ثم قال مانصه ، « والعلاقة بين الناس بالنسب والصهر وهما سبب التحريم ، والرضاع فرع على النسب ولاتعقل المصاهرة إلا بين الأنساب ، وإذا حرمت عليه أمه ، وبنوه وأخته وعمته ، وخالته من الرضاعة ولم يلزم أن تحرم عليه أم امرأته التى أرضعتها ، فإنه لانسب بينه وبينها ولامصاهرة ولارضاع ، والرضاعة إذا جعلت كالنسب فى حكم لايلزم أن تكون مثله فى كل حكم ، بل ما افترقا فيه من الأحكام أضعاف ما اجتمعا فيه ، فثبوت أحكام النسب من وجه لايستلزم ثبوتا من كل وجه ، ومما يدل على ذلك قوله تعالى : « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » ومعلوم أن لفظ الابن إذا أطلق

لم يدخل فيه ابن الرضاع ، فكيف إذا قيد بكونه ابن الصلب ، وقصد إخراج ابن التبنى بهذا لايمنع إخراج ابن الرضاع (١)

من هذا يتبين أن ابن تيمية وتلميذه ابن القيم يميلان إلى أن المصاهرة بالرضاع لاتوجب تحريماً ، لأن المصاهرة لاتتكون إلا مع النسب ، ولأن التحريم بسبب المصاهرة ثبت من قرابة الرجل والمرأة ، حتى لايكون مايؤدى إلى قطع الرحم فتحريم قريبات المرأة من أصول وفروع ، حتى لاتقطع الرحم بينهن ، وتحريم الأقارب على زوجات أصولهم وفروعهم ، حتى لاتقطع الرحم بين الآباء والأبناء ، ولارحم فى الرضاعة يخشى عليها ، ولانص ولاقياس يجعل أقارب المرأة رضاعاً كأقاربها نسباً ، وإذا كان الشأن كذلك فالحل هو الثابت بعموم قوله تعالى . « وأحل لكم ما وراء ذلكم » .

٥٨ — مقدار الرضاعة المحرمة ووقتها : قال أبو حنيفة وأصحابه إن الرضاع المحرم ليس له قدر معلوم ، فكل مقدار يحرم قليلا كان أو كثيراً ، ولو كان مصة أو مصتين ، لأن النصوص الواردة بالتحريم بسبب الرضاع لم تذكر مقداراً قليلا أو كثيراً . فالآية « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم » تشمل القليل والكثير ، وقوله صلى الله عليه وسلم « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » يشمل أيضاً القليل والكثير ، ويرى أنه قد جاءت أمة سوداءفذكرت أنها أرضعت اثنين عقد عليهما ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما من غير أن يسأل عن عدد الرضعات ، ولو كان التحريم منوطا بعدد ما فرق النبى بين عاقدين من غير أن يتحراه . وأيضا فإن التحريم فى النصوص سببه مجرد الإرضاع ، فحيثما ثبت ذلك وجد الحكم ، والحكمة فى التحريم بالإرضاع أن

---

(١) يبدو لنا أن نظر ابن تيمية وتلميذه نظر له وجهة إذا تلونا قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ، وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » فترى من هذا أن الله سبحانه وتعالى ساق المحرمات بالنسب ، ثم ساق المحرمات بالرضاعة رابطاً بينهم وبين النسبيات ثم المحرمات بالمصاهرة ، ولم يشر بعدها للرضاعة ، والمصاهرة لاتنصرف إلا إلى ما كان النسب سببها ، ولو كانت الرضاعة تثبت مصاهرة لعقب التحريم بالمصاهرة بها ، أو أشار النص إليها بعدها .

الرضيع يصير كالجزء ممن أرضعته . إذ يدخل لبنها فى تكوينه ، وذلك يتم بالقليل والكثير .

٥٩ — ومذهب الحنفية فى هذا هو مذهب مالك والأوزاعى والثورى وحماد وطائفة كبيرة من التابعين والصحابة ، وقالت طائفة أخرى إن التحريم لايثبت بأقل من ثلاث رضعات ، وقالت ثالثة : لايثبت بأقل من خمس رضعات مشبعات وهو مذهب الشافعى ، وقيل لايحرم أقل من سبع ، وقيل أقل من عشر .

وأساس هذا التقدير نصوص واردة فهموها ، فالذين قدروا ثلاث رضعات ساقوا أخباراً ، منها ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : لاتحرم الإملاجة والإملاجتان ، وروى أن رجلا سأل النبى صلى الله عليه وسلم قائلا: يارسول الله هل تحرم الرضعة الواحدة ؟ قال . لا . وإذا انتفى التحريم عن الرضعتين فقد استمر ثابتاً فى الزائد فكان الحد الأدنى هو ثلاث رضعات ، فلا يحرم مادونها .

والذين حددوا بالسبع ، وكذلك من حددوا بالعشر ، تعلقوا بأخبار لم تثبت صحتها عند مخالفيهم . أو لم يثبت تعيينها للمراد .

أما الذين حددوا العدد بالخمس ، وهم الشافعية ، والحنابلة فى أرجح الأقوال عندهم ، فقد احتجوا (١) بما روى مسلم عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : « كان فيما نزل « عشر رضعات يحرمن » حتى صرت إلى خمس » ، وقد صححوه (٢) وبأن علة التحريم كون الإرضاع منبتاً للحم ، ومنشزاً للعظم ، وذلك لايكون إلا برضاع يوم كامل على الأقل ، ولايكون بما دون خمس رضعات مشبعات .

وقد اختار ذلك الرأى ابن القيم فى زاد المعاد ، ووضحه وفسر الرضعة فقال : « الرضعة فعلة من الرضاع ، فهى مرة منه ، فمتى التقم الثدى فامتص منه ثم تركه باختياره من غير عارض كان ذلك رضعة ، لأن الشرع ورد بذلك مطلقا ، فحمل على العرف ، والعرف هذا . والقطع بعارض التنفس ، أو استراحة يسيرة ، أو لشىء يلهيه . ثم يعود إليه من قريب لايخرجها عن

كونها رضعة واحدة كما أن الآكل إذا قطع أكلته بذلك ثم عاد من قريب لم يكن ذلك أكلتين ، بل أكلة واحدة » .

٦٠ — ووقت الرضاعة المحرمة هو الصغر عند جمهور الفقهاء ، وخالفهم فى ذلك عدد قليل من الفقهاء ، وحجة الجمهور فيما ارتأوا : (١) أنه ورد من الآثار الصحاح ما يفيد تعيين وقت الرضاع ، فقد ورد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إنما الرضاعة من المجاعة » أى أن الرضاع المحرم هو الذى يدفع إليه الجوع ، وهذا لايكون إلا فى الصغر ، إذ لبن المرأة لايكون غذاء دافعاً للجوع كافياً فى الجملة إلا فى الصغر ، وروى أنه قال ، « الرضاع مافتق الأمعاء » وذلك لايكون إلا فى الصغر ، إذ أن أمعاء الكبير متفقة لاتحتاج إلى لبن يفتقها ، وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لارضاع إلا ما كان فى الحولين » ، (٢) وأن إنبات اللحم . وإنشاء العظم الذى يجعل الطفل جزءاً ممن أرضعته ، إنما يكون فى الصغر .

وقد حد أبو حنيفة مدة الرضاعة بسنتين ونصف ، أى بثلاثين شهراً ، وحد الصاحبان والشافعى ومالك مدة الرضاع بسنتين كاملتين ، وذلك لقوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » وللحديث السابق .

واستدل أبو حنيفة بقوله تعالى : « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » فكانت هذه أقل مدة يفصل بعدها الابن ، ويبتدىء يستقل بغذاء مستقل من ابن أمه ، وليس المراد من الحمل ما يكون فى البطن ، على اليقين ، بل يحتمل الحمل بالبطن وبالذراع والحجر ، وإذا كان كذلك فمدة الثلاثين شهراً بعد الولادة هى التى بعدها يكون الفطام بيقين بغير احتمال ، وإن اللفظ إذا كان يحتمل أن تكون مدة الثلاثين تشمل الحمل فى البطن ، كما يحتمل أن يكون الحمل هو ما بعد الولادة فإن التحريم يحتاط له ، فيؤخذ بالاحتمال الذى يوسع مداه ، وخصوصاً أن الأصل الثابت فى الرضاع هو التحريم غير المقيد ، فلا يقيد إلا بأمر يقينى ، والحد بسنتين إنما هو لأخذ الأم أجرة على الرضاع ، وبعدها إن أرضعت تكون متبرعة ، ولا يلزم الأب بأجرة . ولكن لايمنع ذلك التحريم الذى يحتاط له وهو الأصل .

٦١ — هذان هما القولان المشهوران ، وهناك أقوال أخرى كثيرة منها ، قول زفر الذى يعتبر مدة التحريم سنة بعد الفطام فى الحولين للاحتياط ، إذ الأساس هو الاستغناء عن اللبن ، ولاينقلب مستغنياً بمجرد انتهاء الحولين أو الفطام فيهما ، بل لابد من فترة ينتقل فيها من غذاء ، وقدرها للاحتياط بسنة ؟

وقال الأوزاعى : إن الصغر يحده الفطام التام ، من غير أمد معلوم ، لأنه الحد الفاصل بين الاستغناء وعدم الاستغناء ، فقد يعجل الفطام لنمائه ، وقد يؤخر لضعفه . ولكل طفل حال من النماء والضعف يختلف به أمد الحاجة إلى لبن الأم ، وكانت هذه الحالة هى مناط الصغر .

تنبيه — الرضاع يثبت بالبينة أو بالإقرار ، ولاتوجه فيه اليمين عند أبى حنيفة ، وتوجه عند الصاحبين ، وذلك سير على الخلاف بينهما فى أن النكول عن اليمين بذل أو إقرار ، فأبو حنيفة قال : إن النكول بذل ، وهو لايثبت فى النكاح ، فلا فائدة فى اليمين .

وعلى ذلك إذا طلبت المرأة الحكم ببطلان الزواج لأنها ذات صلة رضاعية محرمة به ، فإن أقر بذلك فسخ العقد ، وحكم ببطلانه ، وإن أنكر وأقامت البينة حكم بالبطلان أيضا ، ويفترقان . وإن لم تقم فليس للقاضى أن يحكم بالبطلان ، ويجب عليه النفقة ، ولكنها من جانبها تكون مأخوذة باعترافها ، فلاتحل لابن أخيه إن طلقها وكانت دعواها أنها أخته رضاعاً .

وإذا ادعى هو بالبطلان لهذا السبب ولم يقم البينة وأنكرت ، فإن النفقة تستمر عليه ولاتسقط ، ويكون الإقرار ملزماً بالنسبة له فيحرم عليه الدخول بها ويجب الافتراق ، والافتراق يوجب نفقة العدة .

٦٢ — حكمة التحريم بالرضاع : انفردت الشريعة الإسلامية من بين الشرائع السماوية القائمة الآن بجعل الرضاع سبباً من أسباب التحريم . وإن لذلك أسباباً قوية موجبة لهذا التحريم ، منها : (١) أن المرضع التى ترضع الولد ، إنما تغذوه بجزء من جسمها ، فتدخل أجزاؤها فى تكوينه ، ويكون جزءاً منها ، وإن الحس والطب يثبتان ذلك ، فإن لبنها در من دمها ، ينبت لحم الطفل ، وينشز عظمه ، وإذا كان جسمها ملوثا بمرض مستكن فيه سرت

عدواه إلى الطفل ، وإن كانت نقية الجسم سليمة قوية استفاد الطفل منها قوة ونماء .

وإذا كان الطفل جزءاً منها ، فهى كالأم النسبية ، بيد أن هذه غذته بدمها فى بطنها ، وتلك غذته بلبنها بعد وضعه ، فإذا كانت الأم النسبية محرمة على التأبيد وبعض من يتصل بها من محرمات عليه ، فكذلك الأم الرضاعية ، فهذا أمر بديهى مشتق من الحس وكلام أهل الخبرة .

(ب) وإن المرضع تندمج فى الأسرة التى ترضع أحد أولادها ، فتكون من آحادها ، كما يكون الطفل فى بيت مرضعته مندمجاً فى أسرتها ، فيكون ذلك التشابك الذى يجعل أسرته أسرتها ، وأسرتها أسرته أيضاً ، وإذا كانت العلاقة التى تكون من هذا النوع فى النسب موجبة التحريم فى كثير من الأحوال فينبغى أن تكون كذلك فى هذه الأحوال .

(ج) وهناك فائدة للتحريم بالرضاعة قد ذكرها بعض كتاب الفرنجة المسيحيين الذين أعجبوا بنظام الإسلام فى الرضاع . وهى التشجيع على الإرضاع إحياء للأطفال الذين ليست لهم أمهات يرضعنهم ، فإن المرضع إذا علمت أنها فى الشريعة أم ولها ما للأم من إجلال وتقديس ، ولذا تحرم على الولد ، كما تحرم عليه أمه ، فإنها تقدم على الإرضاع من غير غضاضة ، وقد يكثر بذلك النسل .

وقد قال ذلك كاتب أوربى : « قد استوحى فقهاء المسلمين تلك الحقيقة ، (وهى تقرير قرابة بين الولد والمرضع) مما جاء على لسان نبيهم « تناكحوا تناسلوا تكثروا » فاحتاطوا كل الاحتياط لذلك الغرض الأسمى الذى هو الحياة الإنسانية . . . وهذا هو السر فى أن الإسلام أعطى المرضع هذه المكانة لأنها جادت بلبنها ، فساهمت فى تنفيذ الوصية الربانية . . . وهذا هو السر أيضا فى أن الإسلام رفع شأن الحامل . . . ولقد جعل الإسلام للمرضع تلك المكانة ولو كانت غير مسلمة ، يهودية أو نصرانية ، وإنها لمكانة سامية تجعلها فى الأسرة فى المكان التالى للأم »

المحرمات تحريما مؤقتا

٦٣ — ذكرنا أن المحرمات تحريماً مؤقتا هن اللاتى كان سبب التحريم فيهن أمراً يقبل الزوال فيزول التحريم بزواله ، والتحريم على التأقيت يكون فى سبع أحوال هى :

١ — الجمع بين المحارم .

٢ — المطلقة ثلاثاً على مطلقها ، حتى تتزوج زوجاً غيره ، ويدخل بها . ثم يطلقها وتنتهى عدتها .

٣ — زواج خامسة ، وعنده أربع فى عصمته ، ولو حكما .

٤ — تزوج الأمة وعنده حرة .

٥ — زوجة غيره ، والمعتدة من غيره .

٦ — والملاعنة ممن لاعنها . حتى يكذب نفسه .

٧ — من لاتدين بدين سماوى .

٦٤ — (١) الجمع بين محرمين : المراد من المحرمين كل امرأتين بينهما علاقة محرمة بحيث لو فرضت إحداهما ذكراً حرمت عليه الأخرى ، فلا يصح الجمع بين أختين ، ولايصح الجمع بين المرأة وعمتها ، ولا بين المرأة وخالتها ، فإن أى واحدة منهما لو فرضت ذكراً كانت الأخرى حراماً ، فإذا فرضت البنت ذكراً حرمت الخالة أو العمة ، وإن فرضت الأخرى ذكراً حرمت عليه ابنة أخيه أو ابنة أخته . ونرى من هذا الشرط فى تحقق المحرمية المانعة للجمع أن يكون فى الإمكان فرض كل واحدة منهما ذكراً ، وألا يحل له عند هذا الفرض . لذلك قال أبو حنيفة والصاحبان : لايحرم الجمع بين المرأة وزوجة ابنها ، لعدم إمكان فرض زوجة الأب ذكراً ، لأنه فى هذه الحال لايمكن اعتبارها مع هذا الفرض زوجة أب ، ومثل ذلك لايحرم الجمع بين المرأة وزوجة ابنها ، لعدم إمكان فرض زوجة الابن ذكراً .

وخالف فى هذا زفر . واكتفى فى تحقيق المحرمية بأنه إذا أمكن فرض إحداهما ذكراً حرمت الأخرى . ولايشترط إمكان فرض كلتيهما ذكراً ، ولذلك قرر عدم الجمع بين المرأة وزوجة أبيها . لأن هذه المرأة لو فرضت ذكراً حرمت عليها زوجة الأب

وإن كلام زفر فيه نظر ، لأن حكمة منع الجمع بين المحارم هو خشية القطيعة بينهم إذا صارت إحداهما ضرة للأخرى ، وهذا المعنى لايثبت بين المرأة وزوجة أبيها . لأنه لارحم بينهما يخشى قطعها ، وقد نقل جواز الجمع بينهما عن السلف الصالح .

وكما يحرم الجمع بين محرمين حال قيام الزوجية يحرم الجمع بينهما إذا كانت إحداهما معتدة ، فإذا طلق الرجل امرأته ، فليس له أن يتزوج عمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها إلا بعد انتهاء العدة لبقاء بعض أحكام الزواج فى العدة .

٦٥ — وقد ثبت تحريم الجمع بين محرمين بالكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى فى آية المحرمات « وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف » (١) وهذه الآية تفيد بنصها حرمة الجمع بين الأختين ، وتفيد بمعناها حرمة الجمع بين سائر المحارم ، وذلك لأنه إذا كان الجمع بين الأختين حراماً خشية إيحاش قلبيهما بالعداوة بينهما ، فأولى أن يحرم الجمع بين المرأة وخالتها أو عمتها ، لأن كلتيهما بمنزلة الأم ، والرحم بينهما قريبة واجبة الصلة .

وأما الحديث كقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو هريرة ، « لاتنكح المرأة على عمتها ولاعلى خالتها ولا المرأة على ابنة أخيها ، ولا ابنة أختها » وزيد فى بعض الروايات « إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » .

وقد انعقد إجماع العلماء على تحريم الجمع بين الأختين ، والجمع بين الباقيات من المحارم ، ولم يخالف فى الأخيرة إلا من لايؤبه لقوله ، وهم بعض الخوارج ، فقد جوزوا الجمع بين المحارم غير الأختين وقوفا عند نص الآية وحدها .

والمعنى فى التحريم واضح ، لأن الجمع يحمل على قطع الأرحام التى أمر الله سبحانه وتعالى أن توصل ، وكيف يتصور أن شريعة تعمل على ربط آحاد

---

(١) معنى (إلا ما قد سلف) أن ما كان منكم فى الجاهلية لم يدركه الإسلام هو موضع العفو لا يحاسبكم الله تعالى عليه فى الإسلام .

الأسرة بعرى المودة تجيز للرجل أن يتزوج ابنة الأخ على عمتها ، فتكون ضرة لها وتثور النيران التى تدفع إلى أشد الإيذاء بالكيد بالقول والفعل :

٦٦ — والجمع بين المحارم ممنوع ، سواء أكانت المحرمية سببها النسب، أم كان سببها الرضاع عند جمهور الفقهاء . وقد خالف فى ذلك ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ، فأجازا الجمع بين المحارم رضاعاً ، لعدم ورود نص بالتحريم ، ولأن النصوص الواردة فى تحريم الجمع إنما هى فيما إذا كانت الصلات نسبية ، إذ ذلك هو المفهوم عند الإطلاق ، ولأن المعنى الذى كان من أجله التحريم لايتحقق فى الرضاع ، إذ المعنى الذى كان من أجله التحريم هو أن الجمع فيه قطع الأرحام ، كما قال النبى صلى الله عليه وسلم ، « إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » ولارحم يوجدها الرضاع تقطع ، بدليل أن الصلات الرضاعية لاتوجب نفقة ، ولاميراثاً ، ولاشيئاً غير التحريم ، فيقتصر على مورد النص ، ومافى معناه .

وقد قررنا أن الجمع بين المحارم ممنوع فى النكاح ، وفى العدة ، فإذا طلق شخص امرأة ، فلا يجوز أن يتزوج أختها ، حتى تنتهى عدتها ، وهذا مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه ، ومذهب الشافعى فيه بعض التفصيل ، وذلك أنه إذا كانت العدة من طلاق رجعى ، فلايصح الجمع فيها ، لأن النكاح قائم ، إذ له حق الرجعية فى أى وقت ، وإذا كان الطلاق بائنا فإنه يجوز الجمع ، لأن عقد الزواج قد بت ، ولذا لاتحل له إلا بعقد ومهر جديدين ، وعلى هذا لايوجد الجمع المنهى عنه ، إذ الجمع يقتضى أن تكون كل واحدة منهما ذات عقد قائم مع الرجل ، وهنا إحداهما قد انتهى عقدها ، وزوال ملك كل منهما عن صاحبه .

وحجة الحنفية أن العقد فى أثناء العدة باق حكما ببقاء العدة ، إذ لها النفقة ، فإذا تزوج أختها فقد جمع بينهما ، ودخل فى عموم النهى ، وإن علة التحريم ، وهى خشية القطيعة ثابتة حال العدة بمثل ثبوتها فى حال النكاح أو أشد ، إذ أن المسارعة بتزوج الأخت أو غيرها من المحارم فى وقت حدة الفراق تكون أشد ألماً ، وهو يدل على تدبير سابق ، فينشىء جرحاً لايندمل أبدا .

والجمع بين المحارم كما يمنع بالزواج يمنع بالوطء بملك اليمين .

٦٧ — وإذا تزوج امرأة وفى عصمته ذات رحم محرم لها ، فزواج الثانية غير صحيح ، ولو تزوج المحرمين معاً فى صيغة واحدة لم يصح نكاحهما لأنه لايمكن ترجيح عقد إحداهما بالصحة ، إذ لاسبق بينهما ، فيكون العقدان فاسدين ، وتجب المتاركة ، وهذا إذا كان كلا العقدين مستوفيا لكل الشروط ماعدا هذا ، أما إذا كان أحدهما فيه خلل من غير هذا الطريق ، فإن الآخر الصحيح ، إذا وجد المرجح لأحدهما على الآخر .

وتجب المتاركة ، أى يتركهما ويتركانه إذ فسد العقدان ، وإذا كانت المتاركة قبل الدخول فلا مهر ولاعدة لواحدة منهما ، لأن النكاح غير الصحيح لا أثر له قبل الدخول ، فإن حصل دخول فالأثر الشرعى يثبت بالدخول مع وجود الشبهة ، وعلى ذلك إذا دخل بواحدة منهما ثبتت لها العدة ، ووجب لها مهر المثل على ألا يزيد على المسمى ، لأن الدخول فى دار الإسلام لايخلو من عقد أو عقر أى لايخلو من مهر أو حد ، أى عقوبة الزنى ، وإن دخل بهما وجب لهما المهر أى يثبت لكل واحدة منهما مهر مثلها لايزيد على المسمى .

وإن تزوجهما فى عقدين ، ولايدرى أيتهما كانت الأولى حتى يصح نكاحها ويفسد نكاح الأخرى فإنه يفرق بينهما معاً . لأن نكاح إحداهما فاسد بيقين ولايدرى ، فيفرق بينهما وبينه ، للشبهة بالنسبة لكلتيهما . وعدم حلهما مجتمعتين وإن دخل بهما وجب لكل واحدة مهر المثل لايزيد عن المسمى ، وإن كانت الفرقة قبل الدخول ، وكلتاهما تدعى أن زواجها الأول من غير حجة مثبتة يقضى لهما بنصف المهر ، ويكون بينهما ، وعن أبى يوسف لاشىء لهما ، وإن كانت كلتاهما تقول لاأدرى أينا أسبق ، فلاشىء لهما من المهر ، إن كانت المتاركة قبل الدخول ، لكون المدعية زواجاً صحيحاً مجهولة ، والحقيقة مجهولة .

٦٨ — المطلقة ثلاثاً حتى تتزوج زوجاً غيره : أباح الإسلام للرجل الطلاق فى دوائر عينها ، ومنها أنه أباحه مرتين ، له أن يراجعها بعد كل واحدة منهما فى العدة ، وأن يعقد عليها إذا كانت العدة قد انتهت ويراجعها فإن فعل فى أى الحالين فرجع قبل انتهاء العدة أو عقد عقداً جديداً بعدها ، فمعنى ذلك أنه قد ندم على الطلاق ، وأنه يرجو أن تحسن العشرة بينهما ،

فإن طلقها بعد هاتين المرتين ، فمعنى ذلك أن العشرة الزوجية بينهما لايمكن أن تستقر ، وأن يطمئن كل منهما مع صاحبه ، فكان حكم الشرع ألا تعود إليه ، ولكنها إذا تزوجت زوجاً آخر ، وعاشرته مدة طالت أو قصرت ، ثم طلقها لأمر من الأمور التى تعرض فتمنع استمرار الحياة الزوجية هادئة مطمئنة ، أومات عنها وانتهت عدتها ؛ فنى هذه الحال تحل لمطلقها الأول ، إن طلبها لأنه عسى أن يكون الانقطاع لغيره أو به أثر فى نفسه فهذبها ، إن كانت الإساءة من جانبه ، وعسى أن عشرتها لغيره جعلتها تعرف قيمة الحياة الزوجية معه، فتحسن معاملته إن كانت الإساءة من جانبها . وفى الجملة يرجى لهذه الحياة الجديدة شيء من القرار والاطمئنان ، بعد الاضطراب فيما قبلها ،، ولذلك قال الله سبحانه وتعالى بعد بيان جواز الرجوع بعد الطلاق فى المرتين الأوليين : « فإن طلقها فلاتحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » ولايكفى النكاح والطلاق ، كما قررنا ، بل لابد من الدخول ، وأن يكون النكاح غير مؤقت ، وأن تنتهى العدة بعد الدخول ، ولقد قال النبى صلى الله عليه وسلم لمن أرادت أن ترجع إلى مطلقها ثلاثا بعد أن تزوجها آخر ، وطلقها قبل الدخول : « لا ،حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك» وهذا مذهب الجمهور . ويذكر فخر الدين الرازى أنه خالف فى ذلك سعيد ابن المسيب ، وسعيد ابن جبير ، ولم يشترطا الدخول .

٦٩ — زواج خامسة وفى عصمته أربع : إذا كان الرجل متزوجا أربعا من النساء ، فليس له أن يتزوج خامسة ، حتى يفترق عن إحداهن ، وتنتهى عدتها فلا يجمع بين خمسة أو أكثر فى النكاح ، لأن الإسلام لم يبح الجمع بين أكثر من أربع ، والجمع فى العدة كالجمع فى النكاح ، لأن العدة توجب قيام حكم الفراش إذا كان قائما ، فالنكاح قائم حكما ، وعلى ذلك إذا تزوج خامسة ، وبعض الأربع أوكلهن فى العدة ، فقد جمع فى عصمته خمسا حكما ، وذلك لايجوز .

وقد خالف الشافعى فى العدة من طلاق بائن ، فأجاز تزوج خامسة إذا كانت إحدى الأربع تعتد من طلاق بائن ، كما أجاز الجمع بين المحارم فى

عدة البائن ، لأنه يعتبر النكاح قد بت ، وانتهى بالطلاق البائن . ولو كانت لاتزال فى العدة .

ولكن رأى الجمهور هو ماقررناه من عدم الجمع نكاحا وعدة .

٧٠ – وعدم جواز الجمع بين أكثر من أربع هو رأى جمهور الفقهاء ولم يخالفهم إلا من لايعتد بخلافه عند جماعة المسلمين .

وقد خرج أولئك الشذاذ بثلاثة أقوال :

أولها – أن بعضهم ادعى أن الإسلام يبيح التعدد إلى عدد غير محدد ، وزعموا أن قوله تعالى : « فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع لايفيد التقيد بعدد محدود ، بل الآية تفيد الإباحة المطلقة فى العدد ، وأن مثنى وثلاث ورباع ليست لتعيين العدد ، بل هى كما يقول شخص لشخص افعل ماشئت اذهب إلى السوق أوالحديقة ، أو اشرب الكأس واحدة ، أو اثنتين ، أو ثلاثا ، أو أربعا – وقد حكى هذا القول فخر الدين الرازى فى تفسيره الكبير ، وسمى من قالوه « قوما سدى » أى ضائعين فى تفكيرهم .

ثانيها – قول بعض الشيعة : « إن الحل محدود بتسع . وقد زعموا أن قوله تعالى : « مثنى وثلاث ورباع » يفيد ذلك . إذا الواو تفيد الجمع . ومجموع هذه الأعداد تسع ، وزكوا ذلك الفهم بأن النبى صلى الله عليه وسلم جمع بين تسع .

ثالثها – قول بعض أهل الظاهر إن العدد الذى يباح هو ثمانى عشرة ، وقالوا إن معنى « مثنى وثلاث ورباع » اثنان واثنان . وثلاث وثلاث . وأربع وأربع ، وزعموا أن الواو للجمع ، فيكون المجموع ثمانى عشرة .

ولقد وصف القرطبى هذه الأقوال كلها بقوله : « وهذا كله جهل باللسان والسنة ، ومخالفة لإجماع الأئمة » وحجة الجمهور فى أن الآية تفيد التقيد بأربع :

(١) أن مثنى وثلاث ورباع معدولة عن اثنين وثلاث وأربع . ولهذا يكون للتكرار ، فمعنى جاء الخيل مثنى جاءوا جماعات اثنين اثنين ، وجاءوا ثلاث أى جاءوا جماعات ثلاثا ثلاثا – فمعنى الآية أن لجماعة العاقلين من الأمة

أن يتزوجوا معددين جامعين اثنين ، أو جامعين ثلاثا ، أو جامعين أربعا ، ولم تزد الإباحة على ذلك ، فاقتصرت على أربع (٢) ولأن العطف على نية تكرار العامل ، فمعنى الآية انكحوا اثنين اثنين ، وانكحوا أربعا إلخ فالمراد بالعطف جمع الفعل لاجمع العدد .

٧١ — ولقد قيد التعدد فى الآية الكريمة بقيدين آخرين مع عدم مجاوزته أربعا : (أحدهما) العدالة بين الزوجين ، فقد قال تعالى « فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة » وقد تضافرت أقوال المفسرين للآية على أن إباحة التعدد مقيدة بالعدالة ، وقد قال فى ذلك أبو بكر الرازى المشهور بالجصاص فى كتابه أحكام القرآن : أمر الله تعالى بالاقتصار على واحدة إذا خاف الجور ومجانبة العدل ... إنها إباحة للثنتين إذا شاء ؟ وللثلاث إن شاء ، وللأربع إن شاء ، فإن خاف ألا يعدل اقتصر من الأربع على الثلاث ، فإن خاف ألا يعدل اقتصر على اثنتين فإن خاف ألا يعدل بينهما اقتصر على واحدة» والعدل المطلوب هو العدل الظاهر ، وهو القسم بين الزوجين ، والمساواة فى الإنفاق ، والمساواة فى المعاملة الظاهرة ، وليس هو العدل فى المحبة الباطنة ، فإن ذلك لايستطيعه أحد ولايكلف الله إلا ما يكون فى الوسع « لايكلف الله نفساً إلا وسعها » وكان النبى صلى الله عليه وسلم لايسوى بين أزواجه فى المحبة القلبية ، ولذلك كان يقول عند قسمه بين أزواجه : « اللهم إن هذا قسمى فيما أملك ، فلاتؤاخذنى فيما تملك ولا أملك » .

ولو كانت المحبة القلبية هى المطلوبة لكان النبى صلى الله عليه وسلم غير عادل بين أزواجه وهذا غير معقول ولامقبول .

وبهذا وفق العلماء بين العدل المطلوب فى هذه الآية ، والعدل المنفى فى قوله تعالى « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة » فإن العدل المنفى هناك هو العدل القلبى ، ولذلك لم يطلبه سبحانه وتعالى ، ودل على أنه لم يطلبه بقوله تعالى « ولو حرصتم فلاتميلوا كل الميل » فهو أجاز ألايكون ، ولكن طلب أن يحرص ولايفرط ، وبذلك تتلاقى الآيتان ، لأن العدل فى الآية التى طلبته ، غيره فى الآية التى نفته ، وأكدت نفيه .

الشرط الثانى — من الشروط التى قيد الله سبحانه وتعالى بها إباحة التعدد هو القدرة على الإنفاق على العدد من أزواجه مع القيام بالواجبات عليه فى أسرته كالإنفاق على من تجب عليه نفقته من ذوى رحمه . وهذا الشرط فهم من تذييل الآية بقوله تعالى : « ذلك أدنى ألا تعولوا » وقد فسر الشافعى رضى الله عنه كلمة « ألا تعولوا » بألا تكثر عيالكم . وحكى عن الكسائى أنه قال : « العرب تقول عال يعول » ، وأعال يعيل أى كثر عياله ، ويؤيد هذا المعنى قراءة طلحة « ألا تعيلوا » ، وإذا كان ذلك هو المعنى فقد تبين أن إباحة التعدد مقيدة بألا يكون فى التعدد مظنة الإكثار من العيال من غير أن يكون عنده من أسباب الرزق ما يستطيع به الإنفاق عليهم والقيام بواجبهم .

٧٢ — ولقد اتفق الفقهاء والمفسرون على أن هذين الشرطين لابد من توافرهما لكل من يبغى أن يتزوج ، وعنده زوجة ، بل لقد اتفق الفقهاء على أن كل زواج يعتقد المتزوج عند إنشائه ، ولو كان الزواج الأول ، أنه لايعدل مع أهله أو لايستطيع الإنفاق فيه - يكون حراماً كما قررنا . ولكن هل إذا تم الزواج مع عدم تحقيق هذين الشرطين يكون الزواج غير صحيح ؟ لقد اتفق الفقهاء على أن هذين الشرطين ليسا من شروط الصحة . ولذلك يصح الزواج مع عدم توافر الشرطين ويكون الشخص آثما يحاسبه الله سبحانه وتعالى على الجور ، وعدم القيام بتكاليف الزواج .

وإنما لم يحكموا بفساد العقد مع توفر وقوع العاقد فى الإثم :

١ — لأن فساد العقود وصحتها يناطان بأمور واقعة لابأمور متوقعة ، ولو حكمنا بفساد العقد لخشية الظلم أو لخوف الإعيال لحكمنا بفساد العقد لأمر متوقع قد يقع وربما لايقع .

٧٢ — ولأن خوف الظلم أمر نفسى ، وأحكام العقود بالصحة والفساد لايصح أن ترتبط بأمور نفسية خفية لاتجرى عليها أحكام القضاء ، والقدرة على الإنفاق أمر يتصل بالرزق ، والرزق عند علام الغيوب ، فليس لأحد أن يجىء إلى عاقدين ، علم كل منهما بأمر صاحبه ، وقدرته ، وقد رضيا بالزواج : فيقول لهما ، لاتتزوجا ، أو الزواج بينكما غير صحيح ، لأنه فى

المستقبل لايستطيع الإنفاق عليها ، مع أن المال غاد ورائح ، ويطرح تقدير الزوجين ورضاهما رضاً صحيحاً .

٧٣ — هذا هو مسلك الشريعة بالنسبة للتعدد ، وهى وسط بالنسبة للشرائع ، فمنها ما أباح التعدد من غير قيد فى العدد ، ولا قيد فى الزواج ، ومنها مامنع التعدد منعاً مطلقاً ، وكانت الشريعة الإسلامية بين ذلك قواماً .

(ا) ولاشك أن ذلك المسلك هو مسلك الشريعة التى تخاطب كل الأجناس وكل الأجيال ، فهى تخاطب أهل أوربا ، وأهل المناطق الحارة وتخاطب المعتدل المزاج . والمعتدل فى شهواته ، وتخاطب الحاد المفرط فى شهواته ، ولذلك وجب أن يكون فيها من السعة والمرونة مايرضى المعتدل . وما يهذب المفرط ، من غير أن يضيق القيد ، فينخلع من الربقة ، إنه بلاريب الاقتصار على واحدة هو الزواج الأمثل فى الجماعة ، وهو البعيد عن نطاق الظلم ، ولكن لايرضى به إلا أمثل الرجال ، فهل الناس جميعاً على هذا الطراز ، وإننا لو أغلقنا على ذوى الشهوات الحادة باب الزواج ، لفتحوا لأنفسهم باب الفساد فتهتك الستور ، ويكون الأولاد الذين لاآباء لهم . ولو خيرنا بين زواج معيب وبين الزنى ، لاخترنا الأول . إن كنا نسير على هدى العقل ونوره .

(ب) وقد يكون التعدد علاجاً اجتماعياً لنقص يعرض للأمة فى رجالها ، فقد يقل عدد الرجال الصالحين للإنسال فى بعض الأمم بسبب الحروب ، ولقد ذكر بعض الثقات العالمين بالإحصاء أنه بعد الحرب العالمية الأولى وجد فى بعض الأمم الأوربية أن الرجال الصالحين للزواج قل عددهم ، حتى صار كل رجل قادر يعادل فى التعداد ثلاث نساء صالحات للزواج . فى هذه الحال يكون التعدد مطلوباً ، ليصون المرأة من الدنس ، وليكثر النسل ، وتنمو الأمة ، وتعوض مافقدت ، وقد زادت نسبة النساء الصالحات بالنسبة للقادرين من الرجال فى ألمانيا بعد الحرب الأخيرة زيادة فاحشة حتى تنادى بعض المصلحين فيها بإباحة التعدد .

(ج) وليس التعدد شراً على المرأة دائماً ، فقد تكون المرأة فى حال تستوجب أن يتزوج بأخرى لمرضها ، أو عقمها ، فيكون الزوج بين أمرين الفراق أو الزواج ، والثانى بلاشك فيه مصلحتها . فوق مافيه من عدالة فى ذاته .

٧٤ — لقد سار المسلمون من أقدم عصورهم على نظام يستبيحون فيه التعدد ، كما أباحته ظواهر الشريعة ، ولم يجدوا فى ذلك حرجا ، ولم يكن منهم فى الجماعة ظلم . ولما غزت مصر والشرق الأفكار الأوربية وهى لاتفهم التعدد فى الزواج ، وإن فتحت الباب على مصراعيه لغير الزواج — وجد من الشرقيين من اعتقد أن فى إطلاق التعدد ظلماً للمرأة ، وهضما لحقوقها ، ثم التفتوا إلى الآية الكريمة التى تبيح التعدد ، فوجدوها تفيد الإباحة بقيدين . كما بينا — فدعوا إلى التقييد الذى يشبه المنع ، ونادى بالتفكير فى ذلك الأستاذ الإمام الشيخ محمد عبده فى دروسه وبعض تقريراته ، واستفاض بالحديث فيه فى مجالسه ، حتى أثمرت كلماته فى بعض تلاميذه وآتت الدعوة أكلها ، فوجدت بعد نحو عشرين سنة من وفاته مقترحات تتضمن تقييد تعدد الزواج قضائياً بالقيدين السابقين . وهو العدل ، والقدرة على الإنفاق . وكان ذلك فى اللجنة التى ألفت فى أكتوبر سنة ١٩٢٦ ، إذ كان المشروع الذى قدمته مشتملا على ذلك ، كما بينا فى مقدمة هذا الكتاب ، ولكن بعد الفحص والتمحيص ، والمحاوبات المختلفة بين رجال الفقه ورجال الشورى . رأى أولياء الأمر العدول عن ذلك . وجاء المرسوم بقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٢٩ خالياً منه ، وقد ذكرنا خلاصته فى مقدمة كلامنا .

وفى سنة ١٩٤٣ همت وزارة الشئون الاجتماعية أن تنشر المقبور ، لأن وزيرها إذ ذاك ظن أنه يصلح الحياة ، ولكن عدل وشيكا عما هم به ، فكان له بذلك فضل .

ولقد جاء من بعد ذلك وزير آخر ؛ وجعل من أعظم ما يعنى به هذه المسألة ، فأعاد نشر الدفين ، وهم بأن يقدمه لدار النيابة ليأخذ سيره ، ولكنه

بعد أن خطا بعض الخطوات ونبه إلى ما فيه من خطر اجتماعى (١) أعاده مشكورا إلى حيث كان. ولكن هذه المشروعات التى لم تتم فى مصر أخذت طريقها القانونى فى سوريا، فقيد التعدد وصعب الطلاق، وتونس استهلت استقلالها بذلك البدع، فقيدت الطلاق والتعدد.

٧٥ — إن هذا التفكير الذى ساقه الأستاذ الشيخ محمد عبده فى دروسه وتقريراته ومجالسه، والذى صار مشروعا من بعد، وتناولته الأقلام والوزارات — أساسه جعل القيدين المذكورين فى الآية الكريمة يخرجان عن التكليفات الدينية التى تكون بين العبد وربه إلى التطبيق القضائى، فيمنع القاضى توثيق عقد زواج من له زوجة إلا إذا تأكدت عدالته وقدرته على الإنفاق على زوجته وأولاده، وسائر من تجب عليه نفقته، وهنا نقرر أن الآية ليس فى ظاهرها ما يمنع ولى الأمر أن يجعل هذين القيدين فى موضع التطبيق، وليس فى الكتاب ما يحرم بصفة قطعية على ولى الأمر فى مصر أن يسلك هذا المسلك، ولكن أمامه إجماع المسلمين من لدن عصر النبى صلى الله عليه وسلم وعصر الصحابة إلى عصر الأستاذ الشيخ محمد عبده، وما علمنا أن النبى صلى الله عليه وسلم منع زواج أحد لعدم قدرته على الإنفاق، أو لعدم إثباته العدالة، ولم نعرف أحداً من الصحابة أمر أن يتحرى هذا التحرى عند التعدد، ولا يمكن أن نفرض العدالة المطلقة والقدرة فى عهدهم، فإن الناس فى كل عصر، فيهم البر والفاجر، والعاجز والقادر.

وإن اجتزنا هذا الحاجز الحصين، واتجهنا إلى المشروع فى ذاته من حيث صلاحيته، فهل نجد فيه صلاحية. وهل نجد الطريق معبداً لتطبيقه!.

إن الطريق ليس بمعبد، إذ كيف يعرف القاضى أنه سيعدل ولا يظلم، وهذه حال لا تعرف لأشد الناس صلة بالزواج فضلا عن القضاء الذى يوجب عمله ألا يتصل بالخصوم اتصالا شخصياً؟ أيسأل الشهود، وأكثرهم يصطنع الكذب، أم يعتمد على الشهادات الرسمية؟ ثم القدرة على الإنفاق،

---

(١) قد كتبنا فى هذا بحثاً ناقشنا فيه المشروع، وكان يقيد التعدد والطلاق ونشر فى مجلة القانون والاقتصاد فى العددين الأول والثانى للسنة الخامسة عشرة.

ما مناطها ؟ أحال الزوجة الجديدة أم حاله هو ، وإذا اعتبرت حاله ، ورضى بأن يضيق قليلا بعد سعة فى سبيل ذلك الزواج ، وهى فى جملتها تكفل العيش الضرورى أيسوغ للقاضى أن يمنعه ، بحجة أنه يجب أن يعيش فى رفاهية ، ويحرم من حلال .

ثم إن هذا يكون تدخلا فى حرية التعاقد لايتفق مع المقرر الآن فى القوانين الحديثة . فهل يوجد ما يسوغه ؟ لقد ذكروا بواعث له فذكروا أن التشرد ينتج من تعدد الزوجات مع الفقر ، وقد بين الإحصاء أن تعدد الزوجات ليس هو السبب فى كثرة المتشردين . فكذب الدعاة تكذيباً قاطعاً ، لامجال للريب فيه . وإن شهادة الأرقام أصدق شهادة .

وقد أثبتت الدراسات الاجتماعية العميقة أن سبب التشرد هو عدم مراقبة الأولياء على النفس .

ولكن الباعث الذى يجرى على الألسنة من قديم الزمان هو المساواة بين الرجل والمرأة ، وقد قلنا فى رد ذلك « إن الحقوق والواجبات فى المسائل الاجتماعية ليس أساسها التساوى المطلق ، كالمعادلات الهندسية والجبر ، بل أساسها الميزان الاجتماعى ، فهو الذى يعطى الحقوق والواجبات ، ويوزعها على الرجل والمرأة بالشكل الذى ينتظم به الاجتماع . وقد يكون التعدد واجباً اجتماعياً إذا نقص العدد فى الرجال بالحروب » (١)

وهب الباعث كان محققاً ، فهل النتائج حسنة ؟ إن الأمور الاجتماعية لاتقاس ببواعثها ، بل تقاس بنتائجها ، فقد يكون الباعث نفعاً ، والنتيجة ضرراً فيوازن بينهما ، وإن منع التعدد مع إحجام الناس عن الزواج الآن يضر النسل والأخلاق فى الأمة ، ونحن فى زمن تكاثر الأمم غيرها بعددها ، لأنه قوام عتادها .

ولو أخذ بالمشروع فمنع القاضى اثنين استهوى كلاهما صاحبه من الزواج ، فهل تنقطع العلاقة ؟ إن كلمة الشيطان تحل محل كلمة الله التى

---

(١) راجع البحث المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الخامسة عشرة ص ١٨٥ .

منعها القاضى بأمر المشروع . فيكون الفساد ، ويكون الأولاد الذين لآباء لهم ، ومما عاد الرجل إلى زوجته الأولى . وعادت المرأة إلى أسرتها .

وأخيراً : إن الاجتماع فى مصر مازال يفرض إباحة التعدد ، مادامت الشهوات مستحكمة ، ومادام الشعب لم يتعلم ، ومادام الرجال يترددون بين حلال معيب ، وحرام لاشك فيه . والحلال المعيب هو الزواج مع التعدد ، علموا الشعب ، وارفعوا مستوى حياته . لايكن بعدذلك تعدد (١) .

هذا وإن التعدد قد أخذت نسبته تقل حتى وصلت إلى مادون الثلاثة فى كل وقائع الزواج .

٧٦ — زواج الأمة وعنده حرة : من عنده حرة لايجوز أن يتزوج أمة ، حتى تطلق الحرة ، وتنتهى عدتها ، وذلك لأن الزواج من الإماء ثبت لمن لايستطيع الحرة . لقوله تعالى : « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات » ولايعد عاجزا عن الحرة من كان متزوجاً منها فعلا ، فلا ضرورة لزواج الأمة . ولأن فى إدخال الأمة على الحرة إيحاشاً لها وإيذاء لعزتها . ولايجوز ذلك ويمنع .

ولقد أخذ الشافعى بنص الآية . فلم يجز الزواج من الأمة إلا إذا كان عاجزاً عن مئونة الحرة ، والحنفية لعدم وجود مقياس ضابط للقدرة جعلوا المانع أن يكون فى عصمته حرة فعلا .

ولاشك أنه لارق الآن فى جمهورية مصر العربية . فليس لهذه المسألة موضوع ، ولكن ذكرناها تتميما للبحث ، ونكتفى فى بيانها بذلك القدر .

٧٧ — زوجة الغير ومعتدته : يحرم على الرجل زوجة غيره ومعتدته سواء أكانت معتدة من طلاق ، أم كانت معتدة من وفاة ، وذلك لحق غيره ، ولكيلا تختلط الأنساب . وقد ثبت ذلك بالقرآن الكريم ، فقد قال تعالى فى آيات التحريم « والمحصنات من النساء » والمراد بالمحصنات هنا ذوات الأزواج ،

---

(١) البحث المذكور .

وثبت تحريم المعتدات من طلاق بقوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » (١) .

وثبت تحريم المعتدات من وفاة بقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » .

والحكمة فى تحريم معتدة غيره هى أن الزواج مازال قائما ، فحق غيره بها مازال باقيا ببقاء آثاره ، ولخشية اختلاط الأنساب منع ذلك ، و إن هذا لايثبت إذا كانت المعتدة معتدة منه هو ، ولو كان الطلاق بائنا ، فإنها تحل له من غير عقد ومهر ، إذا كان الطلاق رجعيا ، ولاتعود إلا بعقد ومهر جديدين إذا كان بائنا ببينونة صغرى ، أما إذا كانت البينونة كبرى ، وهى ماإذا كان الطلاق هو المكمل للثلاث فإنها لاتحل له إلا بعد أن تتزوج زوجا غيره على ماعلمت (٢) .

---

(١) القروء هى الحيضات عند أبى حنيفة وأصحابه وهى الأطهار التى تكون بين الحيضات على مذهب الشافعى .

(٢) هذا إذا كانت العدة من عقد ، وإذا كان هناك وطء من غير عقد صحيح ، فإن كانت هناك شبهة تمحو وصف الجريمة ، فإن العدة تثبت ، وتكون كعدة النكاح الصحيح ، ولا يحل لأحد أن يتزوج المعتدة حتى تنتهى العدة ، وإذا كان الوطء زنى فإنه لا عدة منه ، لأن الزنى لا يثبت حقاً من الحقوق ، ولكن هناك أمران :

(أحدهما) أن بعض الفقهاء لا يجيز الزواج من الزانية حتى تتوب ، فعند هؤلاء لا يباح الزواج منها إلا ممن زنى بها (والأمر الثانى) أنه وقد ورد النهى بالآثار عن سق الإنسان زرع غيره أى عن وطء الزانية ، وبالبناء على ذلك قد اتفق الفقهاء الذين أجازوا زواج الزانية على جواز زواجها ممن زنى بها ووطئها ، لأن الحمل منه إن كانت حاملا منه ، أما إذا كان مريد زواجها غير من زنى بها وهى غير حامل ، فإنه يجوز عقد الزواج عليها عند هؤلاء الفقهاء والدخول بها ، ولكن كره محمد الدخول قبل استبراء رحمها لجواز أن تكون حاملا . أما إذا كانت حاملا ثبت حملها ، فقد قال أبو حنيفة والشافعى ومحمد : إنه يجوز العقد عليها ولكن لا يدخل بها إلا بعد الوضع ، وجواز العقد لأنها حلال ولا نص ولا قياس على نص يمنع الحل ويثبت التحريم ، وأما عدم الدخول بها فلما رواه الترمذى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (لا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسق ماؤه زرع غيره » .

وقال أبو يوسف ومالك وأحمد فى رواية عنه وزفر : لا يصح العقد على الزانية الحامل لحق الحمل إذ لاجناية منه ، ولأنه باتفاق الفقهاء لا يحل الدخول بها ، والدخول حكم ملازم للعقد ، فإذا منع الدخول منع العقد ، إذ منع اللازم منع للملزوم ، فلا يحل الزواج حتى تضع =

٧٨ — الملاعنة حتى يكذب نفسه : من المقرر أن من يرمى امرأة بالزنى من غير إثبات كامل أى أربعة شهود عدل يقام عليه حد القذف ، وهو ثمانون جلدة ، ولاتقبل له شهادة أبداً ، لقوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً » .

ولكن إذا طبق ذلك على من يرمى زوجته يكون فى ذلك حرج شديد ، وخصوصاً أن مظنة الصدق قائمة ، إذ لايمكن أن يرميها من غير شبهة قوية دفعته حتى إنه ليروى ابن مسعود أن أنصاريا دخل على النبى صلى الله عليه وسلم فقال : « يارسول الله أرأيتم الرجل يجد مع أهله رجلا ، فإن قتله قتلتموه ، وإن تكلم جلدتموه ، وإن سكت سكت على غيظ ، اللهم افتح » .

ولهذا الحرج الذى صورته تلك الكلمات القوية التى جاءت على لسان ذلك الأنصارى كان حكم من يرمى زوجته بالزنى هو اللعان ، واللعان أن يقسم الرجل أربع مرات بالله بأنه صادق والخامسة أن عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين ، وتقسم هى أربع مرات إنه لمن الكاذبين ، والخامسة أن عليها غضب الله إن كان من الصادقين . وقد بينت الآية الكريمة فى سورة النور حقيقته فقد قال تعالى : « والذين يرمون أزواجهم ، ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين. ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين ، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين » .

فإذا حلف الرجل ، وحلفت المرأة ، فقد تم اللعان ، ومن آثاره أن ينتفى نسب ولده إن كان موضوع الرمى بالزنى نفى الولد ، وأن يفرق بين الزوجين ، فلا يتعاشرا ولايحل له أن يعقد عليها أبداً ، إلا إذا كذب نفسه ، فإذا فعل أقيم عليه حد القذف ، وعاد الحل فيجوز أن يعقد عليها من جديد .

— وإذا تزوج رجل امرأة وثبت أنها كانت حاملا وقت العقد بأن أتت بالولد لأقل من ستة أشهر ، فإن العقد يكون فاسداً ، لفرض أن الحمل من غير زنى ، إذ يحمل حال المؤمن على الصلاح (راجع الزيلعى) .

والسبب في ذلك التفريق ، وتحريم الزواج أن الثقة بينهما قد فقدت ، ولا يمكن أن يقوم زواج ليس أساسه الثقة ، واطمئنان الرجل إلى أهله في المحافظة على عرضها وعرضه ، فإن كذب نفسه عادت الثقة فيجوز العقد .

٧٩ — من لاتدين بدين سماوى ، وحل الكتابيات — اتفق الفقهاء على أن المسلم لايجوز له أن يتزوج من لاتدين بدين سماوى ، ويقصدون بالدين السماوى الدين الذى كان له كتاب منزل فى زمن نشأته ، وله نبى مبعوث ذكر فى القرآن الكريم ، فكل من تكون غير متدينة بدين سماوى بهذا المعنى لايحل الزواج منها ، وتعتبر كالمشركة لايجوز للمسلم العقد عليها وتكون داخلة فى عموم النهى فى قوله تعالى : « ولاتنكحوا المشركات حتى يؤمن ، ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم ، ولاتنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ، ولعبد مؤمن خير من مشرك ، ولو أعجبكم ، أولئك يدعون إلى النار ، والله يدعو إلى الجنة والمغفرة بإذنه » . وبمقتضى هذا لايحل للمسلم أن يتزوج وثنية ، أو بوذية أو برهمية ، لأن كل أولئك لم يكن لهم كتاب منزل ، ولم يعرف لهم نبى مبعوث ذكره القرآن ، ولو كانوا قد حرفوا الكلم من بعده عن مواضعه ، وإن الآية الكريمة تشير إلى الحكمة فى تحريم الزواج من هؤلاء ، إذ يدعون إلى النار ، أى أن المرأة تستهوى الرجل بحسنها ، ورفق طباعها ، وحسن تدبيرها ، فيستحسن ماتستحسن ، ويستهجن ماتستهجن ، فلا يستنكر أوثانها ، أو لايستهجنها ، وأول الشر استحسانه ، وإن ذلك إن لم يقده إلى دينها ، يضعف الإحساس بدينه فى نفسه فيستهين بالفرائض ، وإن نابذ دينها كل المنابذة ، وأبدى استنكاره كانت الجفوة التى لايكون معها التقاء تكون به عشرة زوجية صحيحة .

هذا وإن التنافر بين الإسلام والأديان الوثنية شديد لايمكن أن تكون معه فى الأحوال العامة عشرة متلائمة متفقة ، وكيف تتصور عشرة بين زوجين أحدهما يتقرب إلى الله سبحانه بذبح بقرة وتوزيعها صدقات ، والثانية تعبد هذه البقرة أو على الأقل تقدسها ، إنه لايمكن أن تكون عشرة إلا إذا كان ثمة استهواء شديد يفسد دينه ، فيكون التحريم من هاهنا .

وفى كلتا الحالين يكون الأولاد فى نشأة تفسد دينهم ، وحقاً : « أولئك يدعون إلى النار » .

٨٠ — وقد قال جمهور الفقهاء (١) إنه يحل للمسلم أن يتزوج الكتابية فيجوز أن يتزوج اليهودية والنصرانية وذلك : أولا — لقوله تعالى : « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم ، والمحصنات من المؤمنات ، والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم » وهذا نص صريح محكم فى حل نساء أهل الكتاب ، إذ هذه الآية من آخر أى القرآن نزولا ، أو هى فى آخر السورة نزولا على الأقل .

ثانيا — ولأن الصحابة قد أجمعوا إلا عبدالله بن عمر على أن زواج الكتابيات يجوز ، وقد روى أن بعضهم تزوج كتابيات فعلا كطلحة ابن عبيد الله .

يجب أن نقرر هنا أن الأولى للمسلم ألا يتزوج إلا مسلمة لتمام الألفة من كل وجه ، ولقد كان عمر رضى الله عنه ينهى عن الزواج من الكتابيات إلا لغرض سام ، كارتباط سياسى يقصد به جمع القلوب وتأليفها أو نحو ذلك .

وإنما فرق الشارع الإسلامى بين الوثنية والكتابية ؛ لأن الوثنية كما قلنا لاتلتقى فى جملة مبادئها الخلقية مع المسلم ، بل دينها منافر كل المنافرة لدينه ، فإما أن تستهويه فتضعف دينه وتفسد نسله ، وإما أن تكون المنافرة ، فلا تكون عشرة ؛

أما الكتابية فإنها فى لب الفضائل الاجتماعية تلتقى مع المسلم ، إذ أصول الأديان السماوية فى أصلها واحد . فدوام العشرة معتدلة من غير استهواء ممكن ، على أن الأولى كما قلنا ألا يتزوج المسلم غير مسلمة .

هذا ومن المقرر أن المرتدة عن الإسلام لاتعتبر ذات دين ، ولو انتقلت من الإسلام إلى دين كتابى ، ولذلك لايحل للمسلم أن يتزوج مرتدة ، كما لا تتزوج المسلمة مرتداً ، بل إن المسلم إن ارتدت زوجته فسخ النكاح وأنهى ، وذلك لأن الارتداد جريمة عقوبتها للرجل القتل ، وللمرأة الحبس ، ويعتبر

---

(١) بعض قليل من الصحابة ، وبعض من الفقهاء ، لم يحلوا زواج المسلم بالكتابية .

من ارتد فى حكم الميت . وإذا كان كذلك وفسخ نكاح بردة أحد طرفيه ، فإنه لايحل زواج المرتدة من مسلم قط .

٨١ — ولقد اتفق العلماء على أن عبدة الأوثان مشركون لاتنكح نساؤهم ، وعلى أن اليهود والنصارى كتابيون تنكح نساؤهم ، واختلفوا فى بعض الطوائف القديمة التى لايزال بعضها قائماً الآن ، أتعتبر كتابية فتجوز نساؤها للمسلم أم مشركة فلاتحل ، ومن هؤلاء الصابئة ، وهؤلاء من سكان العراق فى القديم . وبقيت منهم بقية فى الإسلام . وقد أعلنوا أنفسهم طائفة من النصارى . ولكنهم كانوا يقدسون الكواكب ، وهم فى عامة أحوالهم أكتم الناس لاعتقادهم وطقوسهم الدينية، وقد اختلف فقهاء المذهب الحنفى بشأنهم، فقال أبو حنيفة إنهم من أهل الكتاب فتحل نساؤهم . ويظهر أنه نظر إلى ظاهر حالهم ، واعتبرهم فرقة من النصارى . وقال أبو يوسف ومحمد لاتحل نساؤهم لأنهم ليسوا نصارى ، وليسوا أهل كتاب ، لأنهم يعبدون الكواكب وليس الاختلاف كما ترى اختلاف رأى ، بل هو اختلاف فى حقيقة أمرهم ، والواقع أنهم يكتمون دينهم ، ولايزال الناس مختلفين فى حقيقة دينهم إلى اليوم . ومن بقى منهم لاتعرف حاله . وقد قال الجصاص فى أصلهم « وأصل اعتقادهم تنظيم الكواكب السبعة وعبادتها ، واتخاذها آلهة ، فهم من عبدة الأوثان فى الأصل ، إلا أنهم منذ ظهر الفرس على إقليم العراق ، وأزالوا مملكة الصابئين لم يجسروا على عبادة الأوثان ظاهراً ، لأنهم منعوهم من ذلك ، وكذلك كان أهل الشام والجزيرة صابئين ، فلما تنصر قسطنطين حملهم بالسيف على الدخول فى النصرانية ، فبطلت عبادتهم الأوثان من ذلك الوقت ، ودخلوا فى غمار النصارى فى الظاهر ، وبقى كثير منهم على تلك النحلة مستخفين بعبادة الأوثان ، فلما ظهر الإسلام دخلوا فى جملة النصارى إذ كانوا مستخفين بعبادة الأوثان . كاتمين أصل الاعتقاد ، وهم أكتم الناس لاعتقادهم — وعنهم أخذت الإسماعيلية كتمان المذهب » .

وإذا كانوا يكتمون عقائدهم على ذلك النحو ، فقد جرى الخلاف فى حقيقتهم واختلف الحكم بسبب ذلك الاختلاف ، وإنى أميل إلى رأى الصاحبين اللذين منعا صحة الزواج من نسائهم .

٨٢ — ولقد اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للمسلمة أن تتزوج غير مسلم سواء أكان مشركاً أم كتابياً ، وقد ثبت ذلك التحريم بنص القرآن والسنة والإجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن ، الله أعلم بإيمانهن ، فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار ، لاهن حل لهم ، ولا هم يحلون لهن » وأما السنة ، فقد وردت الآثار الصحاح عن السلف الصالح أنهم كانوا يفرقون بين النصراني وزوجه إذا أسلمت ، روى أن رجلا من بني ثعلب أسلمت زوجه وأبى هو أن يسلم ففرق عمر بينهما ، وروى عن ابن عباس أنه قال : « إذا أسلمت النصرانية قبل زوجها فهي أملك لنفسها » وبهذا استفاضت الأخبار عن أصحاب الرسول ، وهو أمر لايعرف بالرأى ، فلابد أن يكونوا قد سمعوا من الرسول صلى الله عليه وسلم ما بنوا عليه حكمهم ، وقد انعقد إجماعهم على ذلك . فكان ذلك ثابتاً بالإجماع مع أن نص القرآن حجة قاطعة لامجال للشك فيها .

لقد قرر الفقهاء بناء على هذه القاعدة ، وهى : أن المسلمة لاينعقد زواجها على غير المسلم ، أنه إذا أسلمت الزوجة وزوجها باق على دينه ، وامتنع عن الإسلام يفرق بينهما ، لأن عدم قيام سبب من أسباب التحريم شرط لإنشاءالنكاح ، وشرط لبقائه ، فلا ينشأ النكاح إلا إذا خلا الزوجان من أسباب التحريم ، ولايبقى إلا ببقاء الخلو من ذلك .

٨٣ — ومع اتفاق الفقهاء على أنه إذا أسلمت الزوجة وامتنع زوجها عن الدخول فى الإسلام يفرق بينهما — قد اختلفوا على وقت التفريق ، فقال ابن عباس رضى الله عنه تقع الفرقة من وقت الإسلام ، وكأنها وقعت وقت أن أسلمت وإن كان شرطها أن يعرض عليه الإسلام ، ويمتنع ، لأن الأحكام تستند إلى أسبابها ، والسبب كان وقت إسلامها أو على الأقل عدم الحل كان من وقت إسلامها ، ولكن قد اتفق فقهاء الأمصار على أن الفرقة لاتقع وقت الإسلام ولكن تقع بعده لأن السبب فى الفرقة ليس هو الإسلام ، إنما السبب فيها فهو الامتناع عن الإسلام ، وليس الإسلام وحده سبباً للفرقة بين زوجين

وقد اختلفوا بعد ذلك فى وقتها ، فمالك والشافعى وأحمد وغيرهم قالوا إن الفرقة تكون بعد أن تنتهى عدتها ، فإن أسلم فى أى وقت قبل انتهاء العدة فهى زوجته، وقال أبو حنيفة والصاحبان ، إن كانا ذميين فى دار الإسلام وقعت الفرقة من وقت الامتناع عن الإسلام بعد عرضه عليه ، لأن الامتناع هو سبب الفرقة فتكون من وقته ، وإن كانا حربيين وقعت الفرقة بينهما بانتهاء العدة لابذات الإسلام ، ولابالامتناع عنه ، وإن خرجت مهاجرة إلينا كان اختلاف الدار كافياً للفرقة من غير حاجة إلى انتظار عدة .

٨٤ — ومن الحق علينا فى هذا المقام أن نذكر ما يجب توافره ليعتبر الشخص قد دخل فى الإسلام ، ثم الآثار المترتبة على دخوله . وقد ذكرنا أنه إذا أسلمت الزوجة وأبى زوجها الإسلام يفرق بينهما ، وتجب عليها العدة إن كان دخول ، ويجب المهر ، وإن لم يكن دخوله لا حقيق ولا حكمى لا تثبت عـدة ، ويجب نصف المهر ، أو المتعة إن لم يكن ثمة مهر مسمى وقت العقد ، وإن أسلم الزوج وزوجته كتابية بقيت فى عصمته ، ولكن ملك عليها كل ما يملك الزوج المسلم ، فله حق تطليقها .
عليها إلى أن يبلغ العدد معها أربعاً ، لأنه إذ قد دخل فى الإسلا . صارت له حقوق المسلم .

ولكن متى يعتبر مسلماً ؟ بمجرد أن يقول : « لا إله إلا الله محمد رسول الله » أم لابد من الإشهاد ويكتفى به ، أم لابد من شروط أخرى ، يجب بيان ذلك ، لمكان هـذه المسألة من الخطر الاجتماعى ، ولاتخاذ بعض الناس فى مصر الأديان هزواً ولعباً ، فإنه يعلن الشخص إسلامه ، ليفرق بينه وبين زوجه ، أو ليتزوج مسلمة ، حتى إذا قضى لبانته عاد إلى دينه . أو أظهر حقيقته بعبارة أوضح ، وقد كان ذلك موضع نظر أمام محاكم الجنايات .

لهذا نقول : إنه لا حاجة إلى الإشهاد الشرعى لوصف الشخص بالإسلام ، بل الإشهاد توثيق ، والغرض منه الشهر والإعلام ، وعده فى الاحصاء فى صفوف المسلمين ، وإنما الأمر الجوهرى هو شهادة أن لا إله

إلا الله وأن محمداً رسول الله وأن يظهر منه الإذعان لكل ما جاء به الكتاب والسنة ، وكل ما ثبت من الدين بالضرورة .

ومن المقرر أن الشريعة لاتنظر فى الحكم على الشخص بالإسلام إلا بالظاهر فإذا شهد الشخص بشهادة الإسلام فهو مسلم ، بشرط ألا يظهر منه فى عامة أحواله ما يناقض معناها ، أو مايدل على أنه مازال على دينه القديم(١)

وقد فهم بعض الناس أنه إذا نطق بشهادة الإسلام ، فهو مسلم ، وإن كان يظهر منه ماينافيها ، كمسيحى يعلن الإسلام ، ويسهم فى نفقات الكنيسة ، ويتخذ الصليب شعاره ، ويصلى صلاة المسيحيين ، وأدلى بعض المحامين بذلك لدى القضاء ، والحقيقة غير ذلك ، ولهذا ننقل لك النصوص المقررة للحقيقة.

جاء فى شرح العقائد النفسية للتفتازانى : « لو فرضنا أن أحداً صدق بجميع ماجاء به النبى صلى الله عليه وسلم وأقر به ، وعمل به ومع ذلك شد الزنار (٢) بالاختيار ، أو سجد للصنم بالاختيار نجعله كافراً ، لأن النبى صلى

(١) وقد جاء فى أحكام محكمة الأحوال الشخصية المستأنفة ما يفيد أنها أخذت بأن التردد على دار العبادة الخاصة بدينه الذى انتقل منه إلى الإسلام دليل على أنه لم يدخل فى الإسلام ، فقد جاء فى الحكم الصادر بتاريخ ٢٠ يونية سنة ١٩٥٦ ما نصه :

« ومن حيث إن المحكمة ترى مما سبق إيراده من وقائع أن الزوج فى استعماله حق الطلاق ، وذلك بقطع النظر عن جدية إسلامه أو عدم جديته ، وما ثبت من أن الزوج تردد على دار العبادة للدين الذى كان يعتنقه حين الزواج رغم إشهار إسلامه المزعوم ترى المحكمة فى استعمال حق الطلاق هذا استعمالا غير مشروع ، وهى إسقاط حكم النفقة الصادر للمستأنفة طبقاً لأحكام شريعة العقد ، ويتعارض مع قواعد النظام العام التى تقرر قداسة الحقوق المكتسبة بقدر تقريرها حرية العقيدة » .

ونلاحظ أن الحكم أشار إلى عدم جدية إرادته الإسلام بدليل تردده على الكنيسة بعد إعلان إسلامه ، وكنا نود أن تكون هذه أساس الحكم : لأن شهر الإسلام باطل ما دام يتعارض مع شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ، وهو تردده على الكنيسة ، وهذا لا يمكن أن يكون مسلماً ، وبذلك تسلم له كل النتائج ، وهو وجوب تنفيذ حكم النفقة الصادر من المجلس الملى ، وبذلك لا يكون الطلاق واقعاً ، أما أن يحكم بإسلامه وبوقوع الطلاق ، ثم تنفيذ حكم صادر من محكمة لا يتبعها بمقتضى دينه الجديد فذلك مالا توافق المحكمة الموقرة عليه ، على أن النفقة على المعتدة واجبة بحكم الإسلام ، فكان يصح تقريرها على هذا الأساس . وإنا نرى أن الأمثل فى هذه القضايا التى يقوم فيها الدليل على بقائه على دينه القديم هو الحكم ببطلان إسلامه وبطلان كل ما ابنى على الإسلام .

(٢) الزنار بضم الزاى فسر فى القاموس بأنه ما يشاهد على وسط بعض النصارى والمجوس فهو حزام خاص .

الله عليه وسلم جعل ذلك علامة التكذيب والإنكار ، ولقد جاء فى حاشية الشرح السابق مانصه : « المذكور فى شرح المقاصد وغيره أن الإيمان المنجى لايقارن شيئا من أمارات التكذيب ، وأن التصديق المقارن لشىء منها لااعتداد به » .

ولقد جاء فى حاشية العقائد العضدية : لما كان التصديق أمراً مبطناً اعتبر معه مايدل عليه ، وهو التصديق اللسانى أى الإقرار ، لأن التلفظ بالشهادة فى الشرع قائم مقامه مالم يظهر خلافه قولا أو عملا .

هذه نقول تثبت أن النطق بالشهادتين يجب ألا يقترن بمايدل على التكذيب كأن يعلن شخص إسلامه ، وهو لاينقطع عن شعائر الدين الذى يعلن أنه تركه ، أو يعلن إسلامه ، وهو لايزال يحمل الصليب . فإنه فى هذه الأحوال وما يشبهها لايكون مسلماً ، لأن الشهادة القولية قد اقترن بها ما يكذبها .

وإنه يجب أن يتنبه القضاء لذلك ، ويتحققه إن بدرت بوادر تعلن مستور أمره ، وأنه يخفى مالا يبديه . فإن فريقاً من الناس قد اتخذوا الأديان ذريعة لإشباع الرغبات المادية كإعلان الإسلام ليتزوج مسلمة ، ويقضى منها أربا كما ذكرنا ، أو يعلن الإسلام ليطلق امرأته ، ولايسهل الطلاق فى دينه ، أو يعلن الإسلام كيداً للأمة ، وليسهل عليه تدبير الشر .

وفى الشرع الإسلامى ما يقطع على أمثال هؤلاء الطريق ، وإنه ليحدث للناس من الأقضية بمقدار ما يحدثون من شر ، ولقد أغنانا ماعندنا من أحكام على أن تحدث العابثين بالمبادىء الدينية فى هذا الزمان جديداً ؛ فلنتبع ما عندنا بكل مافيه ، لكى نمنع ذلك الشر الجديد .

اجراءات لزواج المسلم بالكتابية

٨٥ — ذكرنا أنه يجوز للمسلم أن يتزوج الكتابية ، وأنه إن تزوج المسلم الكتابية يكون له عليها كل حقوق الزوج المسلم مع المسلمة ، ويكون لها كل حقوق المسلمة ، مع ملاحظة أن لاتوارث بينهما ، لأن شرط التوارث بين المسلم وغيره اتحاد الدين ، ومع ملاحظة أن الأولاد جميعاً يكونون مسلمين ، بلا فرق بين الذكر والأنثى .

ولما كانت هناك مظنة أن تجهل الكتابية ماقرره الإسلام من حقوق وآثار للزوج احتاط لها ولى الأمر فى مصر ، وجرى على اتباع النظم الآتية فى توثيق زواج هؤلاء الكتابيات :

(ا) لايتولى الموثق المعين لعقود الزواج المسمى بالمأذون — التوثيق ، بل يتولاه القاضى المختص بنظر قضايا الأحوال الشخصية ، وذلك بنص المادة ٢٧ من لائحة المأذونين ، فقد جاء فيها : « ليس للمأذون أن يباشر زواج من لا ولى له من الأيتام ، ولا العقود التى يكون أحد الطرفين فيها تابعاً لدولة أجنبية ، أو كان غير مسلم ، وإنما ذلك كله من اختصاص القضاة » .

(ب) قد جعل لهذا الزواج وثيقة خاصة ، قد دون فيها ما للزوج من حقوق شرعية بمقتضى هذا الزواج ، حتى تكون على بينة من الأمر عند الإقدام على الزواج ، وتتلى هذه الأحكام على الزوجة ، وتفهم كل ماتدل عليه ، لتكون عارفة مالها وماعليها ، راضية بذلك ملتزمة إياه .

(ج) وقد نص فى الوثيقة :

١ — على أن للزوج أن يتزوج مثنى وثلاث ورباع رضيت بذلك أو كرهت

٢ — وعلى أن له أن يطلق متى شاء ، قبلت أوعارضت ، وإذا طلقها طلاقا بائنا فليس له أن يعيدها إلا بعقد ومهر جديدين ، إذا كانت البينونة صغرى ، وإذا كانت البينونة كبرى ، فليس له أن يتزوجها إلا إذا تزوجت زوجاً آخر ، ودخل بها ، ثم طلقها ، وانتهت عدتها ، وأنه إذا طلقها قبل الدخول فلها نصف المهر المسمى ، وإذا طلقها بعد الدخول فلها المهر المسمى كاملا أو مهر المثل ، وإن طلقها قبل الدخول ، ولاتسمية عند العقد فلها المتعة حسب تقدير القاضى أو اتفاقهما .

٣ — ونص أيضاً على أن له أن يلزمها بالطاعة فى مسكنه الشرعى ، ويمنعها من الخروج إلا بإذنه ، وإنها تستحق النفقة وقت الزواج وفى العدة .

٤ — كما نص على أن الأولاد الذين ترزقهم من المسلم يكونون مسلمين تبعاً لدين أبيهم .

٥ — وعلى أنه لاتوارث بينها وبين زوجها إذا مات أحدهما ، لأن شرط إرث المسلم اتحاد الدين ، وأن الأولاد يرثون أباهم ، ولايرثونها :

٦ — ونص على أن لها حق الحضانة ، إذا رأى القاضي مايمنع من بقاء الأولاد تحت سلطانها ، وأن لها الحق في إرضاع أولادها ، وأن أجرة الرضاعة والحضانة على أبيهم .

الولاية في الزواج

٨٦ — قد ذكرنا في شروط نفاذ العقد أن يكون العاقد ذا ولاية لإنشاء العقد نافذاً ، بأن تكون له قدرة على تنفيذ أحكامه : لأنه صاحب الشأن فيه ، إذ يعقد لنفسه ، وهو كامل الأهلية ، أو يكون نائباً في إنشائه بإنابة الشارع ، وهو الولي على النفس ، أو يكون وكيلا عن صاحب الشأن في إنشاء العقد وتولي صيغته .

ولذلك يحق علينا أن نتكلم في الولاية على الزواج ، والوكالة فيه .

والولاية هي القدرة على إنشاء العقد نافذاً ، وهي قسمان : ولاية قاصرة : وولاية متعدية . والولاية القاصرة هي قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه ، والولاية المتعدية هي قدرته على إنشاء العقد الخاص بغيره بإقامة من الشارع .

والولاية المتعدية قسمان : ولاية على المال ، وولاية على النفس . والولاية على المال هي القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال ، وتنفيذها ، والولاية على النفس هي القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذاً من غير حاجة إلى إجازة أحد .

ومن هذا يتبين أن الولاية في الزواج ليست لصاحب الولاية المالية دائماً ، فقد يكون الولي المالي هو الولي في الزواج ، وذلك إذا كانت الولاية للأب والجد لأن لهما الولاية المالية والولاية على النفس ، وإذا كان الولي المالي هو

الوصى المختار من الأب أو الجد ، أو الوصى الذى يعينه القاضى ، فإن الولاية فى الزواج لاتكون له ، بل تكون للعصبات غير الأب والجد ، وأساس التفرقة فى هذه الحال أن الولاية المالية أساسها اختيار الأمين القادر على إدارة الأموال ، وأما الولاية على النفس ، فأساسها أن عقد الزواج لاتعود مغباته على العاقدين وحدهما ، بل ينال الأسرة منه شىء من العار أو الفخار ، فكان حق زواج القاصر لهؤلاء العصبات ؛ إذهم قوم الزوجين .

٨٧ — والولاية فى الزواج يقسمها الفقهاء إلى قسمين : ولاية إجبار ، وولاية اختيار أو ولاية الشركة ، أو كما يسميها أبو حنيفة ولاية استحباب(١) والولاية الأولى هى التى تعتبر ولاية كاملة ، لأن الولى يستبد فيها بإنشاء الزواج على المولى عليه . ولايشاركه فيه أحد ، وأما الولاية الثانية ، وهى تثبت على البالغة العاقلة ، وذلك لأن جمهور الفقهاء يرون أنه ليس لها أن تنفرد بإنشاء عقد زواجها ، بل يشاركها وليها فى اختيار الزوج ، وينفرد هو بتولى الصيغة بعد اتفاقه معها على الزواج ، ولذلك تسمى هذه ولاية الاختيار ، كما تسمى ولاية الشركة لأنه ليس له أن يجبرها ، بل لابد أن تتلاقى إرادتها مع إرادة الولى فى ذلك ، ويشتركا فى الاختيار ، ويتولى هو الصيغة ، وأبو حنيفة يرى أن البالغة العاقلة ليس لأحد عليها سلطان فى شأن زواجها ، ولكن يستحب أن يتولى الولى بالنيابة عنها صيغة الزواج ، ولذلك يسميها ولاية استحباب .

٨٨ — وولاية الإجبار عند الحنفية تثبت على القاصرين ، فتثبت على فاقد الأهلية ، وهو المجنون المعتوه ، والصبى غير المميز والمجنونة والمعتوهة والصبية غير المميزة ، كما تثبت على ناقص الأهلية ، وهو الصبى المميز(٢) ، ويجب أن نشير هنا إلى رأى لبعض الفقهاء السابقين فلقد كان له أثر

---

(١) وهى الولاية على البالغة العاقلة ، فيقرر جمهور الفقهاء أن عليها ولاية ، لأنها ليس لها أن تنفرد بالزواج ولا يثبتها أبو حنيفة ولكن يستحسن أن يتولى وليها العقد .

(٢) يلاحظ أن قانون المحاكم الشرعية منع سماع دعوى الزواج إذا كانت سن الزوجين وقت التقاضى دون السادسة عشرة للزوجة ، ودون الثامنة عشرة للزوج ، ولم يمنع الإنشاء ، ولذلك نتكلم فى العقد على الصغار على اعتبار أن العقد صحيح ولايمنع القانون من صحته ، والتصادق عليه أمام المحكمة إذا كانت سنهما عند التصادق مستوفية للشروط .

فى بعض قوانين الأسرة بمصر ، وذلك هو رأى عثمان البتى ، وابن شبرمة ، وأبى بكر الأصم ، فقد قالوا إن ولاية الإجبار تكون على المجانين والمعاتيه فقط ولاتكون على الصغار قط ، فليس هناك ولاية زواج قط على الصغير ، لأن الصغر يتنافى مع مقتضيات عقد الزواج ، إذ هو لاتظهر آثاره إلا بعد البلوغ ، فلا حاجة إليه قبله . والولاية الإجبارية أساس ثبوتها هو حاجة المولى عليه إليها ، وحيث لاحاجة إلى زواج بسبب الصغر ، فلا ولاية تثبت على الصغار فيه ، وقد جعل الله سبحانه وتعالى بلوغ النكاح هو الحد الفاصل بين القصور والكمال ، فقال تعالى : « وابتلوا اليتامى ، حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم » فقد جعل الله سبحانه وتعالى فى هذه الآية الكريمة بلوغ سن النكاح أمارة انتهاء الصغر ، وإذن فلا ثمرة فى العقد قبل البلوغ لأنه عقد لاتظهر ثمراته قبل البلوغ ، وفى إثباته قبله ضرر بالصغير ، لأنه لايستفيد من العقد ، ويبلغ فيجد نفسه مكبلا بقيود الزوجية وهو عقد يستمر فى أصل شرعته مدى الحياة .

وبهذا الرأى استأنس القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٣٣ الذى حدد سن الزواج ومنع سماع الدعوى إذا لم تصل سن أحد الزوجين إلى القدر المحدد ،وقلنا استأنس ، لأن القانون منع سماع الدعوى فقط ، بينما ذلك الرأى يمنع صحة الزواج .

وقد استدل الجمهور لرأيهم بقوله تعالى فى بيان العدة : واللائى لم يحضن . فبين بهذا عدة الصغيرة التى لاتحيض ، وهذا دليل على صحة الزواج ، إذ لاعدة إلا من فرقة فى زواج صحيح ، وقد استفاضت الأخبار الصحاح بعقد زواج الصغار ، فالنبى صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة وهى بنت سبع سنوات وزوج ابن عمر بنتاً له صغيرة من عروة بن الزبير ، وليس فى قوله تعالى « وابتلوا اليتامى ، حتى إذا بلغوا النكاح » ما يمنع صحة العقد ، وكون العقد لاتظهر ثمراته إلا بعد الكبر لم يمنع ثبوت الولاية المالية كشراء عقار لايغل إلا بعد الكبر فإنه يجوز ، مع أن ثمرات العقد لاتكون إلا بعد الكبر ، والحاجة إلى النكاح ثابتة فى الصغر ، لأن الكفء لايتوافر فى كل وقت . وعساه يتوافر فى الصغر ، ويفوت بعد بلوغ الحلم ، فكان الاحتياط لمصلحة

الصغير يثبته ، ولذلك اتفق فقهاء الامصار على ثبوت الولاية على الصغار ، ماعدا هؤلاء الثلاثة الذين ذكرناهم ، وقد وافقهم — أى الثلاثة — ابن حزم الظاهرى فى الصغير ، دون الصغيرة ، لأنه تتصور حاجة الصغيرة إلى الزواج دون الصغير لأن الآثار الواردة عن النبي والصحابة كانت فى الصغيرات .

٨٩ — وقد اتفق الفقهاء على أن علة ولاية الإجبار على المجنونة والمعتوهة هى ضعف العقل الذى كان سبب العجز عن تولى العقد وإدراك وجه المصلحة المرجوة منه ، وأما علة الولاية على الصغار ، فقد اتفقوا أيضاً على أن الصغر هو السبب بالنسبة للصغير . أما الصغيرة فقد اختلف الفقهاء فى علة الولاية عليها ، فقال الشافعى ومالك ـ وأحمد على قول : إن العلة هى البكارة ، فإذا كانت البكارة فالولاية ثابتة . ولهذا تمتد الولاية إلى مابعد البلوغ مادامت لاتزال بكراً ، وذلك لأن البكر لاتعرف مصالحها فى النكاح وإدراك التفاوت بين الأزواج ، وفهم الرجال ، فكانت البكارة التى هى علة الولاية باقية ، وإن زالت البكارة قبل البلوغ زالت الولاية ، فإن تزوجت البكر قبل البلوغ ودخل بها ، ثم فرق بينهما لايصح زواجها ثانياً حتى تبلغ ، وتشترك مع وليها فى اختيار زوجها ، ولذلك معنى معقول إذ لايصح تكرار زواجها فى الصغر لأنه لاحاجة إليه ، وكانت التجربة لا تدعو إلى التكرار ، لأنها لم تنجح فتعرف المصلحة فيه .

أما أبو حنيفة وأصحابه فيرون أن علة الولاية فى الصغيرة هى الصغر ، كالصغير ، إذ الصغر هو سبب العجز والعجز هو الذى وجدت الولاية لسد نقصه ، وقد كان علة الولاية فى الصغير ، فيثبت أيضاً علة الولاية فى الصغيرة ، ولأن الحكم بأن الولاية الإجبارية تستمر على البكر بعد البلوغ يخالف الآثار الواردة عن الرسول صلوات الله وسلامه عليه ، فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « تستأمر النساء فى أبضاعهن » فقالت عائشة رضى الله عنها « إن البكر تستحى يارسول الله » فقال ﷺ « إذنها صماتها » أى سكوتها رضاها .

وإن البلوغ كان سبباً فى الولاية المالية الكاملة للبالغة الرشيدة على نفسها فكذلك تثبت ولايتها أمر زواجها مشتركة مع وليها أو منفردة بها ، على اختلاف الفقهاء فى ذلك ، ولقد قال فى هذا المقام ابن القيم :

« إن البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها فى أقل شىء من ملكها إلا برضاها ، ولايجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها ، فكيف يجوز أن يزفها بغير رضاها إلى من يريده هو ، وهى من أكره الناس فيه ، وهو أبغض شىء إليها ، ومع هذا ينكحها إياه قهراً ويجعلها أسيرة عنده » .

وإذا كنا قد استحسنا الرأى الأول فى إفضائه إلى منع الولى من زواج الصغيرة إذا تزوجت وكانت فرقة بعد أن كانت ثيباً ، ونراه أرجح فى الناحية العملية من مقابله — فإنا نختار فى البكر البالغة الرأى الثانى الذى يمنع الولاية الإجبارية عليها بعد البلوغ .

٩٠ — من له ولاية الإجبار : ولاية الإجبار عند مالك وأحمد بن حنبل للأب أو وصيه بالتزويج ، بيد أن أحمد يشترط فى ولاية الوصى بالتزويج أن يكون الأب قد عين الزوج ، والشافعى أثبت ولاية الإجبار للأب والجد ، لأن الجد أب عند فقد الأب ، وهذا كله فى الصغير والصغيرة وأما فى المجنون والمجنونة ومن فى حكمهما فأضافوا إلى الأولياء المذكورين الحاكم ، وخالف الشافعى فقال : تكون له ولاية الإجبار على المجنون والمجنونة إذا ثبتت الحاجة إلى النكاح بدليل كأن يقول طبيب عادل فى المجنونة الثيب مثلا إنها تشفى من علتها إذا تزوجت ، أو يكون المجنون يدور وراء النساء ، أو يقول طبيب عادل إن الزواج دواء له .

وقال الحنفية وقولهم هو المعمول به فى مصر : إن ولاية الإجبار تثبت للعصبات جميعاً ، وقال أبو حنيفة ، تثبت للعصبة ولذوى الأرحام .

وحجة الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد فى قصرهم الولاية على الأب ، أو الأب والجد على رأى الشافعى أن الولاية الإجبارية لاتثبت إلا لحاجة المولى عليه ، وهؤلاء ليسوا فى حاجة إلى الزواج ، وعند ثبوت الحاجة فى المجانين وغيرهم تثبت ، ولكن لأن الأب وافر الشفقة يعرف مصلحة أولاده فتثبت له الولاية لكمال شفقته ، والآثار الواردة فى زواج الصغار كانت ولاية الزواج فيها للأب ، والجد كالأب فى كثير من الأحكام ، ولذا ألحقه الشافعى به .

ولايقاس غير الأب والجد على الأب ، لأنه ليس كامل الشفقة وافر الإيثار للقاصرين مثله ، فلا تثبت له قياساً .

أما الحنفية فى اعتبارهم الولاية لكل العصبات فقد أثبتوا قولهم بالقرآن والسنة ، والقياس ، فقد قال الله تعالى ، « ويستفتونك فى النساء قل الله يفتيكم فيهن ، وما يتلى عليكم فى الكتاب فى يتامى النساء اللاتى تؤتونهن ما كتب لهن ، وترغبون أن تنكحوهن » فقد ذكرت عائشة رضى الله عنها أنها نزلت فى اليتيمة تكون فى حجر وليها ، ويرغب فى نكاحها ، ولايقسط لها فى صداقها، فهذا يدل على أن اليتيمة ، أى الصغيرة التى مات أبواها قد يرغب وليها فى نكاحها ، ولايعطيها مهر مثلها ، والولى الذى يتزوجها لابد أن يكون غير الأب والجد والعم ، بل يكون ابن العم مثلا ، فهذا يدل على أن العصبات جميعاً لهم ولاية التزويج ، واللوم فى الآية فى أنهم يتزوجون من يكنّ فى ولايتهم من غير أن يعطوهن مهر المثل ، ولقد زوج النبى بنت عمه حمزة من ابن أبى سلمة وهما صغيران ، ويقول فى هذا المقام السرخسى فى مبسوطه : « والآثار فى جواز ذلك مشهورة عن عمر وعلى وعبدالله بن مسعود وابن عمر وأبى هريرة رضى الله تعالى عنهم » .

وأما القياس فهو أن العصبات يثبت لهم سلطان فى شأن زواج البالغة بعد بلوغها باتفاق الفقهاء ، ويختلف ذلك السلطان باختلاف آرائهم مع اتفاقهم على أصله ، فالجمهور يجعل للولى العاصب حق مشاركتها فى اختيار الزوج ، ويتولى هو الصيغة ، وأبو حنيفة يجعل له الحق فى الاعتراض ، إن لم يكن الزوج كفؤ ، بل يفسد الزواج لأجله فى بعض الروايات عنه ، وهذا نوع ولاية .

وإذا كان للعصبات عموماً نوع ولاية بعد البلوغ ، فلهم ولاية قبله . لأن البلوغ وبه كمال العقل والتقدير من شأنه أن يمحو الولاية ، لا أن يثبتها ، فإذا ثبتت بعده ، فمعنى ذلك أنها كانت ثابتة قبله ، وهى بعد البلوغ تكون مشتركة وقبله تكون إجبارية ، إذ القاصر ليس أهلا للمشاركة فى ذلك ، وكون غير الأب والجد شفقتهم أقل من الأب والجد لاتقتضى محو الولاية عنهما ، ولكن يقتضى أن تكون ولايتهم دون ولايتهما ، وكذلك كان فإن قوة الولاية لغيرهما دون قوة ولايتهما على ماسنبين .

٩١ — اتفق أبو حنيفة وأصحابه على ثبوت ولاية التزويج للعصبات ،

ولكنهم اختلفوا بعض الاختلاف فى ترتيبهم ، واختلف أبو حنيفة مع الصاحبين فى ثبوت هذه الولاية لغير العصبات من الأقارب .

والعصبات هم كل قريب ذكر يتصل بالمولى عليه اتصالا لاينفرد بالتوسط بينه وبينه أنثى ، وترتيبهم هنا كترتيبهم فى الميراث على اختلاف قليل ، وكما سيبين وهم :

١ — فروع الشخص من الذكور الذين لايتوسط بينه وبينهم أنثى

٢ — أو أصوله كذلك

٣ — وفروع أبيه الذين لاتتوسط بينه وبينهم أنثى ، كالأخ الشقيق أو لأب وابن الأخ كذلك

٤ — ثم فروع الأجداد الذين لاتتوسط بينهم وبينه أنثى كالعم ، وإن علا أبوه ، وابن العم .

وإذا كان للقاصر ولى عاصب واحد انفرد هو بالولاية ، وإن تعدد الأولياء قدم الفروع على الأصول ، ثم الأصول على الإخوة وأولادهم ، وهؤلاء على الأعمام وأولادهم ، فإن اتحدت الجهة قدم أقربهم درجة ، فيقدم الأب على الجد ، والابن على ابن الابن ، والأخ ولو كان لأب على ابن الأخ ، ولو كان الأخ شقيقاً ، لأنه أقرب درجة ، فإن اتحدت الجهة والدرجة قدم أقواهم قرابة ، والأقوى قرابة هو من تكون قرابته لأب وأم ، فيقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب ، ويقدم العم الشقيق على العم لأب ، وهكذا ، وإن اتحدت الجهة والدرجة وقوة القرابة كان كلاهما ولياً ، وأيهما زوج صح زواجه ، فإن زوج كلاهما اعتبر زواج المتقدم ، فإن لم يعرف المتقدم أبطل زواجهما لعدم ترجيح أحدهما على الآخر .

٩٢ — وقد سرنا فى الترتيب السابق على ترتيب الميراث ، وقد حصل خلاف فى بعض الترتيب السابق ، وفى بعض الأحكام ، ولنذكره وهاهو ذا :

(ا) جرى خلاف فى تقديم ابن المعتوهة على أبيها فى زواجها ، فقد قال الشيخان إن الابن وفروعه يقدمون على الأب والجد ، لأن ذلك هو ترتيب العصبات فى التوريث . وهو مبنى على مقدار قوة العصوبة فى

فى كل جهة من هذه الجهات ، وكل درجة من درجاتها ، وعلى ذلك تكون قوة التعصيب فى الابن أكثر من الأب ، والتعصيب سبب الولاية ، فيكون الابن أسبق .

وقال محمد : الأب أولى ، لأنه أوفر شفقة ، وأكثر خبرة ، فكانت ولايته أقوى ، ولأن الأب تثبت له الولاية على النفس وعلى المال معاً ، بينما الابن لاتثبت ولايته إلا على النفس ، أى التزويج فقط ، فكان هذا دليلا على أن صلة الأب من حيث الولاية أقوى ، والعرف فى كل الأمصار والعصور على ذلك .

وروى عن أبى يوسف أنه قال : أيهما زوج ، فزواجه صحيح ، أى أنه اعتبرهما فى درجة واحدة ، لأن كل واحد منهما قام به سبب من أسباب الترجيح ، فالأب أوفر شفقة . وهو ولى المال ، والابن أسبق فى الميراث الذى هو أمارة قوة التعصيب ، فتعادلا ، فكانا فى درجة واحدة ، وإذا اجتمعا قدم الأب .

ويقول صاحب البدائع « والأفضل أن يفوض الابن الإنكاح (أى التزويج) إلى الأب احتراما له واحترازاً عن موضع الخلاف » .

(ب) إذا كان هناك وليان فى درجة واحدة وقوة قرابة ، وجهة واحدة ، فقد ذكرنا أنهما يكونان وليين ، وأيهما زوج فزواجه صحيح ، والزواج للسابق منهما ، أى أن الولاية تثبت كاملة لكل واحد منهما ، وقد قال بعض العلماء إن الولاية تثبت لهما مجتمعين ، أى أنه لايحل لواحد منهما أن يزوج وحده ، بل لابد من اجتماع رأيهما ، لأن مصلحة القاصر فى أن يجتمع رأياهما ، ولأن الولاية لأجل المصلحة ، وعند اختلافهما لاتتأكد هذه المصلحة .

وحجة الرأى الراجح فى المذهب الحنفى ، وهو الأول أن الولاية لاتقبل التجزئة ، لأن سببها القرابة وهى لاتقبل التجزئة ، فإذا ثبتت ثبتت كاملة ، وإذا ثبتت كاملة يكون لكل واحد منهما حق الانفراد .

(ج) من المقرر أن الأقوى قرابة مقدم على من دونه فالأخ الشقيق مقدم على

على الأخ لأب ، وهذا رأى أبى حنيفة والصاحبين ، ولقد قال زفر : إن الأخ لأب فى ولاية الزواج كالأخ الشقيق تماما لأنهما قائمان مقام الأب ، وصلة الأخ الشقيق والأخ لأب ، فالأب واحد ، لارجحان لأحدهما على الآخر فى النسبة إليه ، ولأن أساس الولاية فى الزواج القرابة الأبوية ، فلا عبرة فيها بقرابة الأم ، فتعتبر هنا فى حكم اللغو ، فلا تفيد قوة ولاترجيحا .

وحجة الإمام والصاحبين أن الولاية للعصبات وهى فى ترتيبها كالميراث والأخ الشقيق مقدم على الأخ فى الميراث فيقدم هنا ، والأم ليست ملغاة فى تقوية القرابة الموروثة . فكذلك هنا لايلغى اعتبارها مرجحة .

(د) من البيان السابق فى الترتيب يتبين أن الجد الصحيح (وهو أبو الأب وإن علا إذا لم تتوسط أنثى) مقدم على الإخوة الأشقاء أو الأب ، وظاهر عبارات الفقهاء أن ذلك بالاتفاق ، ولكن ذكر أبو الحسن الكرخى أن تقدمه على الإخوة هو رأى أبى حنيفة ، أما الصاحبان فرأيهما أنه معهم على سواء ، فهو يشارك فى الولاية الأشقاء أو الإخوة لأب ، وذلك لأن أبا حنيفة يقدمه عليهم فى الميراث فيحجبهم ، والصاحبان يجعلانه معهم عصبة ، والترتيب فى ولاية الزواج يسير مع الميراث تماما .

ولقد ذكر السرخسى فى مبسوطه أن الأصح هو أن تقديم الجد رأيهم جميعاً ، لأن الولاية فيها معنى الشفقة معتبر وشفقة الجد فوق شفقة الأخ .

٩٣ — وإذا لم يكن للقاصر عصبات فإن الولاية تنتقل إلى ولى الأمر يتولاها القاضى الذى ذكر له ذلك فى مرسوم تعيينه ، وهذا عند أبى يوسف ومحمد ، على الرواية المشهورة عنه ، وقال أبو حنيفة إن الولاية تنتقل إلى بقية الأقارب على حسب قوة قرابتهم وشفقتهم ، فتنتقل الولاية إلى الأم ، ثم البنت ثم بنت الابن ثم بنت البنت ، ثم بنت ابن الابن ، ثم بنت بنت البنت ، ثم الجد أبى الأم ثم الأخت لأب وأم ، ثم الأخت لأب ، ثم الإخوة والأخوات لأم ثم أولاد هؤلاء على الترتيب السابق ، ثم لسائر ذوى الأرحام : العمات ، ثم الأخوال والخالات ، ثم بنات الأعمام ثم أولاد السابقين .

والأصل الذى قام عليه الخلاف بين الإمام والصاحبين أن الإمام يرى أن سبب الولاية هو القرابة وقوة الشفقة ، والصاحبان يريان أن سبب الولاية هو التعصيب ، لأن العصبات هم قبيلة المولى عليه الذين ينالهم عار الزواج أو فخاره ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الإنكاح إلى العصبات » فقد قصر الإنكاح عليهم ، فكان التعصيب هو السبب .

ووجهة نظر أبى حنيفة فى اعتبار القرابة الشفيقة سبب الولاية — أن هذه الولاية لمصلحة المولى عليها أولا ، وهؤلاء أولى من السلطان ، لأنهم أكثر عناية بالمصلحة منه ، بمقتضى صلة القرابة الشفيقة ، لقد أثر عن عبدالله ابن مسعود الصحابى الفقيه أنه أجاز لامرأته أن تتولى عقد الزواج لابنة لها من غيره وما كان لمثله أن يجيز إلا وهو يعلم مصدر ذلك من علم الدين ، والراجح عند كمال الدين بن الهمام وغيره هو رأى أبى حنيفة .

٩٤ — غياب الولى القريب : قد تبين مما تقدم أن الأولياء مرتبون ، كل ولى أقرب يحجب من بعده ، فالأخ يحجب ابن الأخ ، والأخ الشقيق يحجب الأخ لأب على ماعلمت فى ذلك ، وإذا غاب الولى القريب غيبة يخشى معها فوات الكفء إذا انتظر حضوره أو استطلع رأيه ، فقد قال أبو حنيفة وأصحابه إن الولاية تنتقل إلى الولى الذى يليه فى الدرجة (١) وذلك لأن الولاية ثابتة للولى البعيد ، كما هى ثابتة للولى القريب ، ولكن قدم القريب لأنه أولى ؛ فإذا تعذر عليه تولى العقد زالت أولويته ؛ فصار لمن يليه الحق فى التزويج بولايته هو ؛ لابقيامه مقام الغائب ، وإنما زالت أولوية القريب بغيبته ، لأن تقديمه كان لأنه أوفر شفقة ، فيكون أشد حرصاً على المصلحة من غيره ، وبغيبته تفوت المصلحة إذا انتظر — فالسبب الذى قدمه هو الذى يجعل للحاضر سلطاناً بغيبته ، وإنما لم تثبت ولاية القاضى لأنه لاظلم ، حتى يرفع إليه أمره ، ولأن السلطان ولى من لاولى له ، وهنا أولياء كثيرون يسبقونه .

---

(١) هذا رأى الجمهور ، ورأى الشافعى أن الولاية تكون للسلطان ، لأن الولاية لمن يليه غير ثابتة ، فبالغياب تزول ولايته فتكون الولاية للسلطان ، وقال زفر : تستمر ولاية الغائب وينتظر ، ولا تنقل لسواه ، لأن الغياب لا يزيلها فهى قائمة ، ولا ظلم حتى يتولى القاضى رفعه .

وإذا ثبتت ولاية التزويج للحاضر إذا غاب من هو أقرب منه ، فهل تزول ولاية الغائب الأقرب ؟ قال بعض المشايخ تزول ولاية الغائب ، لأن الولاية تثبت لأجل المصلحة ، والغيبة جعلت رأى الأقرب غير منتفع به ، فلا تبقى ولايته ، ولأنه لو بقيت ولايته لأدى إلى بعض الفساد ، لأنه ربما يزوج الغائب والحاضر ، فيفسد أحد العقدين لامحالة ولاثمرة فى بقائها ، والذين قالوا هذا القول من المشايخ أكثر عدداً .

وقال بعض المشايخ أن ولاية الغائب تستمر ، وأقصى ما أحدثته الغيبة أنها أزالت أولويته ، وجعلت الحاضر فى مرتبته ، وذلك لأنه لاتنافى بين الولايتين ، فتجتمعان ، ولذلك نظير فيما إذا كان الوليان فى درجة واحدة . وقوة قرابة واحدة ، ويكون ثمة انتفاع للمولى عليه ، إذ لايفوت الانتفاع بولاية الحاضر ، الذى يجعله حضوره أكثر مراقبة للأمر ، ولايفوت الانتفاع بولاية الغائب الأقرب الذى تجعله شفقته الزائدة أكثر حرصاً على المصلحة .

٩٥ — <u>امتناع الولى من غير سبب شرعى</u> : إذا امتنع الولى من زواج من هو فى ولايته كأن يكون المولى عليه مجنوناً وأثبت الطب أن فى الزواج علاجه أو ثبت أن مصلحة له فى زواجه ، ووجد الكفء وكان امتناعه بغير سبب شرعى يبرره — فإن الولاية فى هذه الحال تنتقل إلى القاضى ، وإن لم يذكر فى مرسومه أن له ولاية التزويج ولكن بشرط ألا يعزله ولى الأمر عن مثل ذلك بتخصيصه إياه ، وذلك لأن الولاية للسلطان عند اختلاف الأولياء ، لقوله صلى الله عليه وسلم « فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لاولى له » . وإن ذلك الامتناع لا يقل عن الاشتجار ، بل لايخلو من اشتجار الأولياء عليه ، إذ لايمكن أن يوافق الممتنع كل الأولياء ، ولأن الامتناع من غير سبب شرعى يبرره — ظلم ، وولاية رفع المظالم للقاضى ، فهو الذى يتولى بالنيابة عن الولى الممتنع ، كمن يمتنع عن القيام بأمر واجب عليه ويؤدى الامتناع إلى ظلم ، فإن القاضى يتولى الأمر بالنيابة عنه إذا تعين طريقاً لرفع الظلم ، ألا ترى أن القاضى يبيع مال المدين لسداد ديونه إذا امتنع عن البيع والسداد ، لأن ذلك هو السبيل لرفع ظلم المطل .

ولأن القاضى إذ يقوم بالعقد يكون عقده نيابة عن الولى العاضل (أو الممتنع

ظلماً) عقده فى قوة عقد ذلك الولى ، فإن كان الولى هو الأب كان العقد فى قوة عقده ، وإذا كان هو الأخ كان فى قوة عقده ، وهكذا ، وإنما يعد الولى ممتنعا مع وجود حق إذا كان ممتنعاً مع وجود الكفء ومهر المثل بلاسبب .

٩٦ — الوصاية فى الزواج : وللأب أن يقيم وصياً عنه فى الزواج كما أن له أن يقيم وصياً فى المال ، قال مالك رضى الله عنه إن ذلك جائز ، لأن الوصى نائبه بعد الوفاة ، كما أن الوكيل نائبه فى الحياة . وقال ذلك القول ابن أبى ليلى ، وقال أحمد: إن نص الأب على الزواج صحت الوصاية بالزواج ، وقال بعض الفقهاء إن كان لقاصر الأهلية ولى عاصب لايجوز الإيصاء ، لأن الولاية للعاصب فتعيين وصى مصادمة لحكم الشارع فلايجوز ، وإن لم يكن للقاصر ولى عاصب ، يجوز الإيصاء ، لأنه يكون ولاية خاصة . فتقدم على ولاية القاضى العامة ، ولامصادمة لحكم الشارع .

وقال جمهور الفقهاء إن الإيصاء فى الزواج لايجوز ، لأن النكاح إلى العصبات بنص الحديث ، وهذا كلام يفيد القصر عليهم ، لأن مصلحة الولى والمولى عليه تتلاقى فى الزواج . ولايتوافر ذلك فى الوصى إذا لم يكن منهم ، والمصلحة فى الزواج دقيقة تحيط بها عدة اعتبارات ، لذلك كانت الولاية لمن تكون مصلحتهم متفقة فى الجملة مع مصلحة المولى عليه ، بخلاف المال فإن المصلحة فيه تعرف بالكتاب والحساب ، فلا تخفى فيجوز فى الولاية المالية الإيصاء .

مراتب ولاية الاجبار

٩٧ — الأساس فى ثبوت ولاية الإجبار يتكون من أمرين :

(أولها) الشفقة الدافعة إلى الحرص على مصلحة المولى عليه ، ورعاية أمره فى حالة قصره ، وفى قابل حياته بعده .

(ثانيهما) حسن الرأى وتخير أوجه النفع ، فإذا توافر هذان الأمران كاملين من غير أى شائبة تشوبهما كانت الولاية كاملة ، وكان العقد لازماً يلزم القاصر بعد زوال سبب القصر ، ولايقيد الشارع ذلك الولى بأى نوع من القيود ، فلا يقيد بكفاءة ، ولامهر المثل ، أما إذا نقص أحد هذين

الأمرين بأن يكون الولى غير كامل الشفقة ، أو غير حسن التدبير ، فإن الولاية لاتكون كاملة ، فلا تشمل كل الأحوال ، ولاتكون مطلقة من كل القيود ، بل تكون مقيدة بالمصلحة الظاهرة .

وعلى ذلك قسم الحنفية الأولياء إلى ثلاث مراتب :

المرتبة الأولى : الأب والجد والابن الذين لم يعرفوا بسوء الاختيار ، ولم يشتهروا بالمجانة والفسق ، وهؤلاء إذا عقدوا فالعقد صحيح لازم لا يدخله خيار بلوغ بالنسبة للصغار ، ولاخيار إفاقة بالنسبة للمجنون والمجنونة ، ويصح العقد ويلزم سواء أكان الزواج من كفء وبمهر المثل أم كان من غير كفء وبأقل من مهر المثل ، مما يتغابن فيه الناس أو لا يتغابنون ، وذلك لأن وفور شفقة هؤلاء وعدم اشتهارهم بما يتنافى مع حسن الرأى ، ورعاية المصلحة ، يغنى عما عداه من القيود الظاهرة .

وهذا رأى أبى حنيفة . ورأى الصاحبين ، أن العقد لايدخله خيار بلوغ أو إفاقة ، ولكن لابد من الكفاءة ومهر المثل ، إذ لابد من التقيد بالمصلحة الظاهرة ، وذلك لأن هذه الولاية للمصلحة ، ولا مصلحة ظاهرة فى نقصان المهر أو عدم الكفاءة ، ووجهة أبى حنيفة أن الأب والجد والابن موفورو الشفقة ينظر كل واحد منهم إلى مصلحة المولى عليه بقدر ما ينظر المصلحة لنفسه ، ويقدم على الزواج من غير كفء وبدون مهر المثل ، لاعتبارات أخرى كالأخلاق وما يرجى من حسن الصحبة والمعاشرة بالمعروف ، وغير ذلك من المعانى المقصودة فى الزواج ، وغير هؤلاء ليس فيهم هذه الشفقة ، فاشترطت المصلحة الظاهرة .

المرتبة الثانية : الأب والجد والابن الذين عرفوا بسوء الاختيار أو اشتهروا بالمجانة والفسق ، وقد اتفق أبو حنيفة وأصحابه على أنه لايجوز تزويج واحد منهم إلا من كفء وبمهر المثل ، فإن زوج من غير كفء أو بأقل من مهر المثل لم يصح (١) العقد ، وإذا كان الزواج من كفء وبمهر المثل صح

---

(١) اختلفت عبارات الكتب فى فساد هذا العقد ، فعبارة ابن عابدين أنه لا ينعقد فاسداً ، ولكن يكون للمولى عليه إبطاله بعد زوال سبب القصر ، ولكن جاء فى البحر مانصه : ...

العقد لازما ، وليس فيه خيار بلوغ أو إفاقة ، والتقيد بالكفاءة لازم ، سواء أكان المولى عليه ذكراً أم أنثى ، لأن هؤلاء وإن توافرت شفقتهم لم يعرف حسن رأيهم ، بل ساء تدبيرهم ، واشتهروا بذلك فكانت الولاية ناقصة ، فدرىء النقص باشتراط الكفاءة ومهر المثل .

المرتبة الثالثة : بقية العصبات غير الأب والجد الصحيح والابن ، وهؤلاء شفقتهم ليست كاملة ، لأن قرابتهم قرابة الحواشى ، وليست من حيث الشفقة كقرابة الولادة ، وقد اتفق فقهاء المذهب الحنفى على أنه فى هذه المرتبة لايصح الزواج إلا بكفء وبمهر المثل ، فلا يصح بأقل من مهر المثل إن كان المزوج أنثى ولايصح بأكثر من مهر المثل إن كان المزوج ذكراً ، وذلك لأن نقص الشفقة اقتضى التقيد بالمصلحة الظاهرة ، إذ لا يمكن الاعتماد على المقاصد المصلحية الخفية لعدم وفور الشفقة التى تجعلهم كالآباء والأبناء.

ومع أن الولاية تثبت مقيدة بالكفاءة ومهر المثل ، فإنه إذا صح العقد لايكون لازما بالنسبة للقاصر ، بل له الفسخ إذا زال سبب القصر ، فإذا كان سبب القصر الصغر فله الفسخ بخيار البلوغ ، وإن كان سبب القصر الجنون واستفاق فله الفسخ بخيار الإفاقة ، ولذلك جاء فى فتح القدير : « غلام بلغ عاقلا ثم جن ، فزوجه أبوه وهو رجل جاز إذا كان جنونه مطبقاً . . فإن أفاق فلا خيار له ، وإذا زوجه أخوه فله الخيار » .

وكان ثبوت الخيار بعد زوال سبب القصر لأن عقد الزواج هو عقد الحياة كما علمت ، فلا يصح أن يلزم الشخص بعقد لم يتوله بنفسه ، ولامن يعتبر مثل نفسه بل أشد غيرة ، وهو الأب والجد والابن أحياناً ، ولذا كان له الحق فى النظر من جديد فى شأنه بعد زوال قصره ، فإن رضى ببقائه بقى ، وإن لم يرض ببقائه نقضه القاضى بطلبه .

= « قد وقع فى أكثر الفتاوى فى هذه المسألة أن النكاح باطل ، فظاهر أنه لم ينعقد ، وفى الظهيرية يفرق بينهما ، ولم يقل باطل ، وهو الحق » .

وقد قالوا إن هذه الحال إذا كان الأب مشهوراً بسوء الاختيار والفسق فإن لم يكن مشهوراً لا يبطل إذا كان بغير كفء أو ليس بمهر المثل . وعلى ذلك يقولون إذا زوج الأب بنتاً له وهو غير مشهور بسوء الرأى ثم اشتهر ، فالزواج صحيح من غير قيد ولا شرط » ابن عابدين » .

٩٨ — وثبوت خيار البلوغ أو الإفاقة أى حق الفسخ عند زوال سبب القصر هو رأى أبى حنيفة ومحمد ، وأبى يوسف فى قوله الأول ، أما قوله الأخير فالنكاح من غير الأب والجد والابن بعد تحقق شرط الكفاءة ومهر المثل لاخيار للقاصر فى فسخه بعد زوال القصر ، وذلك لأن الشارع أقام الولى نائبا عن القاصر ، فكأن القاصر قد عقده ، ولايصح نقض ماقام به نائبه الذى كان كشخصه ، ولأن العقد كانت فيه مصلحة ظاهرة ، وأقر الشارع تنفيذه لهذه المصلحة ، فلا يصح أن يفسخ بعد إقرار الشارع له ، واعتبار وجه المصلحة ، إذ إثبات الخيار إنما يكون لدفع الضرر ، ولقد قرر الشارع أنه لاضرر فيه بما احتاط من قيود ، وبتنفيذه لأحكام العقد .

وقد احتج الطرفان بأن النبى صلى الله عليه وسلم أثبت الخيار لابنة عمه حمزة لما زوجها من ابن أبى سلمة ، وقد وردت آثار فى ثبوت ذلك الخيار عن الصحابة رضى الله عنهم أجمعين ، وبأن هناك أضراراً خفية معنوية من سوء العشرة أو جفاف الطبع ، وهذه أضرار لها مكانها فى الزواج ، ولاتضمن ملاحظتها من غير الأب والجد والابن . لذلك كان للقاصر بعد زوال قصره أن يلاحظها بنفسه ، فيعطى حق طلب الفسخ إن وجد ضرراً من هذا النوع .

ويجدر بنا أن ننبه إلى أمرين كانا موضع نظر :

(أحدهما) ولاية القاضى أيثبت فيها خيار بعد زوال سبب القصر ؟ لقد قسم ابن عابدين ولاية القاضى إلى قسمين (القسم الأول) ولاية يتولاها باعتباره ولى الزواج ومرتبته آخر المراتب ، وهذه يثبت فيها خيار البلوغ أو الإفاقة . (والقسم الثانى) ما يتولاه القاضى من عقود رفعاً لظلم امتناع الولى عن التزويج من غير مبرر شرعى ، وقد استظهر ابن عابدين فى هذا القسم أن نتبع قوة ولايته ، أى ولاية الولى العاضل ، فإن كان الممتنع الأب أو الجد أو الابن لم يكن للقاصر الفسخ عند زوال القصر ، وإن كان العاضل غير هؤلاء فللقاصر الفسخ بخيار البلوغ أو الإفاقة .

(الأمر الثانى) إذا زوجت الأم ، (وهذا جائز عند أبى حنيفة) أيثبت الخيار بعد زوال القصر ، أم لايثبت ؟ عن أبى حنيفة فى ذلك روايتان :

(إحداهما) وهى الأصح أن الخيار يثبت ، لأن ولايتها تلى مرتبة العصبات من

الحواشي وهؤلاء يثبت الخيار فى تزويجهم . فأولى أن يثبت فيها ، إذ ولايتهم أقوى ، ولأنها وإن كانت موفورة الشفقة إلى أقصى حد – تدبيرها غير كامل فلم تكن ولايتها كاملة (والرواية الثانية) وهى غير الراجحة أن الخيار لايثبت لوفور الشفقة إلى أقصى حدودها ، فتتوافر وجوه المصلحة الظاهرة والباطنة ، فلا حاجة إلى الخيار من بعد .

٩٩ – وإذا ثبت الخيار بالبلوغ ، أو الإفاقة ، فإنه لايتم الفسخ إلا بشرطين (أولها) ألا يظهر بعد زوال القصر ما يدل على الرضا بالزواج وإسقاط الخيار (ثانيهما) الطلب من القاضى ، ولايتم الفسخ إلا بحكم القاضى وقبل أن يحكم القاضى بالفسخ ، الزواج قائم ، وحقوقه ثابتة ، فتجب الطاعة ولايسقط أى حق من حقوق الزوجية ، لأن واحداً من الزوجين قبل الآخر وإذا مات أحدهما قبل الحكم ورثه الثانى ، ولو كان هو طالب الفسخ وذلك :

١ – لأن حق الفسخ بخيار الإدراك (أى خيار البلوغ أو الإفاقة) حق ضعيف ، وكان ثبوته موضع خلاف بين الفقهاء . ولذا احتاج فى تمامه إلى حكم القاضى ليقوى به .

٢ – ولأن النكاح أوجد حقوقاً شرعية قائمة على أساس شرعى صحيح ، وكل حق وملك ثبت بأصل شرعى لايزول إلا بالتراضى أو حكم القاضى ، فكان لابد من حكم القضاء . ولو مات أحدهما قبل الحكم بالفسخ ورثه الآخر لقيام الزواج قبل الحكم .

ويلاحظ أن القضاء شرط للفسخ . لالثبوت الخيار ، ولذلك كان عمل القاضى هو التحرى من أنه لم يحصل رضا بالعقد بعد زوال القصر . ويقضى برفض الطلب إن تبين له أنه قد حصل الرضا بالعقد ، ويقضى بالفسخ إن لم يكن قد حصل رضا ولم يحدث ما يبطل الخيار .

ويبطل الخيار بالرضا بالعقد صراحة أو دلالة ، فالرضا صراحة مثل : اخترت النكاح أو رضيت بالزواج أو أجزته ، أو نحو ذلك من العبارات المعلنة للرضا ، وأما الرضا بطريق الدلالة فهو كل قول أو عمل يدل على اختيار دوام النكاح ، ومنه سكوت البكر عقب البلوغ إذا علمت بالزواج والبلوغ

لأن سكوت البكر البالغة دليل رضاها إذا أعلمها الولى بالزواج والمهر ليستشيرها فى إنشاء الزواج ، فأولى أن يكون دليلا على الرضا بعقد موجود ثابت ، لأن الرضا فى الإنشاء ألزم من الرضا فى الإبقاء ، ومن الرضا دلالة الدخول بعد البلوغ ، وطلبها تقرير النفقة والمهر ، قبل طلب الفسخ .

والبلوغ أو الإفاقة سبب الخيار ، ولكن العلم بالنكاح شرط لبطلان الخيار بالسكوت ، فإذا سكتت البكر بعد البلوغ غير عالمة بالنكاح ، فإن السكوت لايعتبر رضا .

هذا وإن الرضا إنما يعتبر مسقطا الخيار إذا كان بعد البلوغ ، لأن الإسقاط لأمر شرعى لايكون إلا بعد وجوده ، وقبل البلوغ أو الإفاقة لم يوجد الخيار ، فلا ترد عليه المسقطات ، فالرضا أو الفسخ قبل البلوغ أو الإفاقة لاقيمة له ولا اعتبار .

١٠٠ — وقبل أن نترك الكلام فى ولاية الإجبار فى الزواج نقول كلمة موجزة فى زواج الصغار والمجانين فى القوانين المصرية .

أما بالنسبة للمجانين فلم يوجد ما يمنع الولى من زواجهم ذكوراً كانوا أو إناثا ، إذا كانوا كبارا . فالولاية الشرعية للعصبات ثابتة من غير مانع إلا فى النواحى المالية التى جرى العمل على استئذان المحكمة الحسبية بالنسبة لها .

أما الصغار فإن زواجهم إلى ماقبل القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٢ ، لم يكن فيه مايقيد الأولياء ، وهذا القانون بلاريب قد قيد حرية الأولياء عند توثيق العقد ، إذ أنه فى سبيل تنفيذ أحكامه منع الموثقون من توثيق العقد إلا إذا ثبت لديهم أن سن الزوجة لاتقل عن ست عشرة سنة ، وسن الزوج لايقل عن ثمانى عشرة (١) .

---

(١) أصدرت وزارة العدل المنشور رقم ٥٨ المؤرخ ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ يتضمن التعليمات الخاصة بالاستيثاق من استيفاء شروط السن وخلاصتها :

(ا) أن الذين لا يشتبه فى بلوغهم السن من الرجال والنساء الكبار تدون الوثيقة الخاصة بزواجهم من غير طلب شهادة بسنهم ، وينص فى الوثيقة على ذلك .

(ب) وأن من يشتبه فى حقيقة سنهم تقدم شهادة ميلاد دليلا ، أو شهادة طبيب واحد أو أى ورقة رسمية يكون تقدير السن فيها لازماً كإعلام رفع الوصاية ، وإن لم يكن =

ولقد كان الحكم الجوهرى فى ظاهر القانون ألا تسمع الدعوى إذا كانت سن الزوجين وقت الإنشاء دون هذه السن المحددة ، ولو كانت عند التقاضى لاتقل عن هذه السن . ولكن رؤى فى القانون الصادر فى سنة ١٩٣١ برقم ٧٨ أن يكون التقيد بهذه السن عند التقاضى . لاعند الإنشاء ، فقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لهذا القانون مانصه :

« كانت دعوى الزوجية لاتسمع إذا كانت سن الزوجين وقت العقد أقل من ست عشرة سنة للزوجة ، وثمانى عشرة سنة للزوج ، سواء أكانت سنهما كذلك وقت الدعوى أم جاوزت هذا الحد . فرؤى تيسيراً على الناس ، وصيانة للحقوق واحتراماً لآثار الزوجية أن يقصر المنع من السماع على حالة واحدة ، وهى ما إذا كانت سنهما أو سن أحدهما وقت الدعوى أقل من السن المحددة .

وقد بنى ذلك القانون على أمرين : (أحدهما) أن لولى الأمر سلطة تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة . وبمقتضى ذلك الأصل منع ولى الأمر القضاء من سماع دعوى الزوجية أو أى أثر من آثارها المبنية على الزوجية إذا كانت سن أحد الزوجين وقت التقاضى دون السن المحددة .

(ثانيهما) أنه استأنس بما قرره عثمان البتى وابن شبرمة وأبو بكر الأصم

= شىء من ذلك فلا بد من شهادة اثنين ممن لهم معرفة بالزوجين .

هذه خلاصة المنشور ؛ ونرى فيه أنه يعتبر شهادة اثنين من أدلة بلوغ السن ، فتكتب الوثيقة بشهادتهما ، ولقد كان بعض الشهود يكذب فيذكر سنا غير صحيحة . واختلف فى اعتبار ذلك تزويراً فى وثيقة رسمية ، حتى أصدرت محكمة النقض حكما لم تعتبره تزويراً فى ورقة رسمية إذ كان الكذب فى غير موضوع الورقة الرسمى فلا يعد تزويراً ، وعقب ذلك صدر المرسوم بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٢٣ . ونص على عقاب الشهود الذين يدلون بمعلومات كاذبة خاصة بالسن فى وثيقة الزواج . وجاء فى مادته الثانية : « يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه كل من أبدى أمام السلطة المختصة بقصد بيان بلوغ أحد الزوجين السن المحددة قانوناً لضبط عقد الزواج — أقوالا يعلم أنها غير صحيحة أو حرر أو قدم لها أوراقاً ، كذلك متى ضبط عقد الزواج على أساس هذه الأقوال أو الأوراق ويعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين أو بغرامة لا تزيد على مائتى جنيه كل شخص خوله القانون سلطة ضبط عقد الزواج ، وهو يعلم أن أحد طرفيه لم يبلغ السن المحددة فى القانون » .

من أن زواج الصغار لايصح ، لأنه لا ولاية لأحد عليهم فى الزواج إذ الولاية فى الزواج تثبت على المولى عليه لأجل حاجته ، ولاحاجة عند الصغار ، إذ هو عقد لاتظهر آثاره إلا بعد البلوغ ، وقد بينا ذلك الرأى فى صدر كلامنا فى ولاية الإجبار .

بيد أن القانون لم يسر فى مسار هؤلاء الفقهاء ، لأنه يتعرض لصحة الزواج بل اتجه فقط إلى سماع الدعوى ، بينما رأى أولئك يتجه إلى بطلان العقد كما بينا ، لعدم وجود الولاية ، وإنما اتجه ولى الأمر فى مصر ذلك الإتجاه ليكون قانونه فى الجملة متلائماً مع رأى جمهور الفقهاء معتمداً على أصولهم ، فاكتفى بمنع سماع الدعوى ، حتى لايكون متبعاً لغرائب الفتاوى التى تعد شاذة عند جمهور العلماء .

ولقد ضيق النظام ، فمنع ضبط عقد الزواج إذا لم يكن متفقاً مع شروط سماعها ، وسد باب الكذب والتزوير بوضع العقوبات الرادعة المانعة .

ويلاحظ أن منع السماع لعدم بلوغ السن غير مقيد بحال الإنكار ، بل ثبت المنع سواء أكان فى حال إنكار أم فى حال تصديق ، كما يلاحظ أنه لاتزال ثمة ثغرة يمكن بها المخالفة . وذلك بإنشاء عقد الزواج غير موثق ، إذا كانا غير بالغين هذه السن ، ثم يترافعان عند بلوغ السن بأثر من آثار الزواج ، ويتصادقان على الزواج ، فيكون التصادق وثيقة رسمية ، ولكن من النادر أن يقدم أحد على ذلك ، لأنه عقد له خطره فلايقدم عليه أحد إلا فى نور لاظلام فيه .

ولاحاجة شرعاً لأن يستأذن الولى على النفس محكمة الأحوال الشخصية الخاصة بالرقابة على أموال القاصرين ، ولكن أوجب القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ضرورة إخبار هذه المحاكم ، فقد جاء فى المادة ٣٧١ من هذا القانون مانصه :

« لا يجوز مباشرة عقد زواج اليتيمات القاصرات اللائى لهن مرتبات بالروزنامجة ، أو لهن ماتزيد قيمته على عشرين ألف قرش إلا بعد المخابرة مع مجلس حسبي الجهة التابع لها محل إقامة اليتيمة والترخيص منه بذلك » .

وهذا النص بلا شك يوجب استئذان محكمة الأحوال الشخصية دائرة اليتامى ، لا لصحة الزواج ، ولكن للمحافظة على مال القاصرة ، ويلاحظ أن ذلك خاص بالقاصرة اليتيمة ، ويصح أن يثبت بالقياس الأمر بالنسبة لسائر القصر ، لأنهم يتكلفون أموالا فى الزواج ، وخصوصاً أن المهر سيكون واجب الدفع من ماله إذا لم يتبرع له أب أو أم أو جد ، أو نحوهم . والنفقة واجبة على القاصرين .

ولذلك كان لابد من الاستئذان لأجل المال لا لأجل التزويج ، وقد قصر حكم من محكمة الاستئناف ذلك على القاصرين دون المحجور عليهم (١) .

---

(١) ومن الخير أن نذكر هنا ذلك ، حكم محكمة طنطا الاستئنافية الصادر فى ١٦ أبريل سنة ١٩٥٧ . وقد جاء فيه :

« ومن حيث إن المقرر شرعاً أنه إذا كان مريد الزواج صغيراً غير مميز أو كبيراً غير عاقل ، لا يصح عقد الزواج إلا بالولى ، والوصى لا ولاية له فى التزويج لأن ولايته على المال ، لا على النفس ، والولاية فى الزواج قسمان : ولاية إجبار ، وولاية استحباب ، فالأولى تكون بالنسبة للصغير والصغيرة ، ومن فى حكمها ، والثانية بالنسبة الكبيرة المكلفة ، ومتى تثبت الولاية لواحد من الأولياء ، سواء أكان أباً أو جداً أم غيرهما ، وسواء كان عصبة أم غير عصبة ، وسواء أكان قريباً أم غير قريب (يلاحظ أن غير القريب لا يكون إلا بتعيين القاضى إذ لا وصاية الآن فى ولاية التزويج) جاز له أن يزوج الصغير والصغيرة بكراً كانت أو ثيباً ، والمجنون والمجنونة ، والمعتوه والمعتوهة جبراً رضى كل واحد منهم بهذا التزويج أم لم يرض ، لأن كلا منهم ناقص العقل أو فاقده فلا يهتدى إلى الصالح له ، فجعل الشارع الولى ناظراً لمصالحهم ، فمتى رأى المصلحة فى شىء فعله .. والأصل أن ولى النفس لا يستأذن أحداً فى تزويج الصغير أو المحجور عليه ، إلا أن الشارع رأى محافظة على أموال القاصرات ورعاية لمصالحهن موافقة محكمة الأحوال الشخصية على تزويجهن ، فنص فى المادة ٣٦٧ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها على أنه لا يجوز ... وتمشياً مع ما جاء بهذه المادة نص فى المادة ٩٧٣ من قانون المرافعات فى المواد المدنية والتجارية على أن تختص محكمة المواد الجزئية بالإذن بزواج القاصر فى الأحوال التى يوجب القانون استئذان المحكمة فيها إذا كان مال القاصر لا يتجاوز ثلاثة آلاف جنيه ، فإذا تجاوز هذا القدر كان الاختصاص للمحكمة الابتدائية وفقاً للمادة ٩٧٣ ... ومن حيث إن المادة ٩٧٣ التى نصت على انفراد المحكمة الابتدائية بتوقيع الحجر ورفعه والإشراف على إدارة القيم وعزله واستبدال غيره به والإذن للمحجور عليه بتسلم أمواله لإدارتها وتقدير نفقة له ، وما إلى ذلك من المسائل الأخرى التى نصت عليها الفقرة الثالثة من المادة المذكورة لم تشر أية إشارة إلى تزويج المحجور عليه أو الإذن به ، ومن حيث إنه يؤخذ من ذلك أن استئذان محكمة الأحوال الشخصية غير لازم إلا فى حالة تزويج القاصر فقط ، أما فى حالة تزويج المحجور عليه أو الغائب فلا يلزم ذلك ، ومن حيث ما يترتب =

١٠١ — شروط الولى : يشترط فى الولى أن يكون كامل الأهلية ؟ لأن فاقد الأهلية لاعبارة له — بل عبارته ملغاة، وناقص الأهلية ليست له ولاية تزويج نفسه ، فأولى ألا يملك تزويج غيره ، وعلى ذلك يجب أن يكون الولى عاقلا بالغاً حراً — ويشترط اتحاد الدين بين الولى والقاصر ، لأنه لاولاية لغير المسلم على المسلم ، كما لاولاية للمسلم على غيره ، ولأن الزواج عقد دينى فيجب أن يكون متوليه على دين القاصر . ولأن الولاية فى الزواج تتبع التوريث بالتعصيب وولاية ميراث بين المسلم وغيره .

١٠٢ — وهل تشترط العدالة فى الولى ؟ قال أحمد والشافعى فى أحد قوليهما : ليس للفاسق ولاية التزويج ، لما روى من أنه لانكاح إلا بولى مرشد، وشاهدى عدل ، وليس الفاسق بمرشد ، فلا يكون ولياً .

وقال أبو حنيفة ومالك ، وأحمد الشافعى فى قول آخر لهما : « إن الفاسق لاتسلب منه ولاية التزويج ، لأن الخطاب عام لكل المكلفين بتزويج من فى ولايتهم مثل قوله عليه السلام : (زوجوا بناتكم الأكفاء) وهو يشمل الفاسق والعادل ، ولأن الولاية للمصلحة وسببها الشفقة ، وهما أمران متوافران فى الفاسق ، فلم يحرم التقدير ولم تنكر عليه الشفقة ، وقد انعقد إجماع الناس من لدن عهد النبى فى كل العصور على عدم منع الفاسق العاقل من تزويج أولاده وبناته .

ولاية الاختيار

١٠٣ — ولاية الاختيار أو الشركة تكون على البالغة العاقلة ، مهما تكن درجتها من الرشد، وقد أثبتها الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد ، ورواية عن أبى يوسف ، ولم يثبتها أبو حنيفة مع صاحبه أبى يوسف فى الرواية المشهورة عنه ، وأساس هذه الولاية أن البالغة العاقلة ليس لها أن تنفرد بأمر زواجها،

= على الزواج من آثار مالية، فقد كفل القانون رعاية مصلحة المحجور عليه المالية بما نص عليه من ضرورة الحصول على إذن من المحكمة فيما يصرف فى تزويجه ، وفيما يصرف فى الانفاق على من تجب عليهم نفقته ، وانتهى من الحيثيات إلى أنه لا ولاية لها فى الإذن بتزويج المحجور عليه لعته أو جنونه ، ولها الولاية المالية فقط ، ولكن فى التفرقة بين الصغير والمجنون نظر .

بل لوليها سلطان معهما ، فهما شريكان فى زواجها ، لاينفرد دونها بالزواج ، ولاتنفرد به بل يشتركان ، ويتولى هو الصيغة . لأنهم يرون أن النساء لايتولين إنشاء العقد ، ولا ينعقد بعبارتهن قط ، وإن كان لابد من رضاهن .

وخالف كما ذكرنا أبو حنيفة . وأبو يوسف فى رواية عنه سائر الفقهاء وقالا : للمرأة أن تنفرد باختيار الزوج من غير إشراك وليها ، ولها أن تنشىء العقد بعبارتها وهو ينشأ بعبارة النساء صحيحاً . ولكن يستحب أن يتولى ذلك وليها وأن يكون عنه راضيا، وقد استدل لرأيه (١) بأن النكاح أسند إليها فى القرآن الكريم ، فقد قال تعالى : « فإن طلقها فلاتحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » فقد أسند إليها العقد . فصح أن تتولاه بنفسها ، وقال تعالى « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » فأسند النكاح إليهن ، وعد المنع من تولى العقد ظلماً وعضلا . فصح أنهن يتولين صيغة العقد .

وهذه نصوص تثبت صحة العقد بصيغة المرأة ، وهو أحد شطرى الدعوى التى أنكرها الجمهور ، وادعوا نقيضها . وأما الشطر الآخر ، وهو أن النساء يجب أن يشركن معهن وليهن فى أمر زواجهن ، فحجته ماورد من الآثار المثبتة أن المرأة تملك نفسها ، وأن ليس لأحد عليها سلطان مادامت لم تختر غير كفء ؛ فقد ورد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الأيم أحق بنفسها من وليها » والأيم من لازوج لها ، بكراً كانت أوثيباً .

وإن القياس يوجب انفراد المرأة بأمر زواجها من وجوه :

(أحدها) أن لها أن تتولى أمر مالها،وليس لأحد عليها سلطان فى شأنها، ولافرق بين الأمرين ، لأن العلة هى كمال الولاية بكمال العقل ، وهى سوغت لها التصرف المالى الذى قد يكون موضع الحجر مع العقل فبالأولى يسوغ لها الزواج .

(ثانيها) أن البلوغ مع العقل كاف لإثبات ولاية الزواج كاملة بالنسبة للشاب فتثبت الولاية كاملة بالنسبة للفتاة .

(وثالثها) أن الولاية إنما تكون حيث الحاجة إليها ، بسبب عجز العقل

عن إدراك الأمور ، وليس ثمة حاجة توجب هذه الولاية ، ولو كانت اختيارية أو اشتراكا فى اختيار الزوج .

واستدل الجمهور لإثبات دعواهم أن المرأة ليس لها أن تتولى الزواج ، بأن القرآن الكريم أضاف إنشاء العقد إلى الأولياء فى قوله تعالى : « وأنكحوا الأيامى منكم » وقوله تعالى : « ولاتنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » والإنكاح هو تولى إنشاء العقد ، وإن هذا العقد لكمال خطره لايتولاه النساء . وعرف الناس جرى على ذلك .

وأما إثبات الشطر الثانى من الدعوى ، وهو أنه لابد من إذن الولى واشتراكه فى الاختيار ، فهو قوله صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، باطل ، باطل . وإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها . فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » . وفى معنى هذا الحديث آثار كثيرة . وإن المصلحة فى ذلك ، لأن عقد الزواج عظيم الخطر ، والرجال صناديق مغلقة لاتعرفهم النساء المعرفة الحق ، لأنهن ملتزمات أخدارهن . والبرزات منهن يؤثر فيها الحس ، فيسرن فى أحكامهن وراءه ، ولاينظرن إلى مايختفى . ولذلك كان من مصلحتها أن يشترك معها وليها فى اختيار زوجها ، فإنه يختبر ويبحث من غير أن يستهويه منظر أو مظهر ، وإن ذلك العقد الخطير يعود على الولى بالعار ، أو الفخار ، لأن الزواج ربط بين أسرتين ، والولى يؤذيه زواجها من خسيس ، ويشرفه زواجها من شريف ولم يكن لها أن تستبد بالعقد .

وليس عقد الزواج كالعقود المالية ، لأن خطرها ليس كخطره ، ولأن التخلص من آثارها سهل ، والغبن فيها لايؤثر فى سير الحياة واتجاهها ، وليس هناك ناحية استهواء يضل فيها الفكر ، كالشأن فى علاقة النساء بالرجال (١) .

---

(١) ذكر القرافى فى فروقه وجوهاً فى الفرق بين الزواج والتصرفات المالية للمرأة منها : (ا) أن الأبضاع أشد خطراً ، والأموال خسيسة بالنسبة لها ، مهما عظمت قيمتها فناسب فى الأبضاع بالنسبة للمرأة أن يشترك وليها معها . (ب) وأن الأبضاع يعرض لها تحكم الهوى الذى يغطى عقل المرأة ، ولا يحصل فى المال مثل هذا الهوى والشهوة القاهرة .

هذا هو الخلاف بين أبى حنيفة وجمهور الفقهاء ، هم يرون أن الزواج لاينعقد بعبارة النساء . وأن المرأة ليس لها أن تنفرد باختيار زوجها من غير رضاء وليها . وأبو حنيفة يرى أن تنفرد من غير أن تشرك وليها فى أمر زواجها وأن عبارتها تنشىء العقد ، وقد توسط أبو ثور من أصحاب الشافعى فقال إن المرأة ليس لها أن تنفرد من غير اختيار وليها ، بل لابد من رضاه ، وإن رضى فلها أن تعقد العقد .

والحق أنه إن كان راضياً بالزواج يندر ، بل يبعد أن تتولى هى صيغة العقد ، إنما يتصور إنشاؤها العقد إن كانت مراغمة له ، ولم تلتفت إلى رضاه .

١٠٤ — أجاز أبو حنيفة للمرأة أن تزوج نفسها ، ولكنه شدد فى اشتراط الكفاءة فيمن تختاره . فإذا كان قد خالف جمهور الفقهاء فى إطلاق حريتها ، فقد احتاط لحق وليها . فاشترط الكفاءة لصحة العقد للزوم العقد بالنسبة للولى . كما اشترط أن يكون المهر مهر المثل . وبذلك ينحصر الخلاف بينه وبين من قيدوا حرية اختيارها وأشركوا معها الولى فى أنهم احتاطوا لحق الولى ، فاشترطوا أخذ رأيه قبل العقد ، ليكون كما يريد ، وأبو حنيفة أعطاها الحرية ، واحتاط لحق الولى ، فجعل له حق الاعتراض إن كان المهر دون مهر المثل ، وجعل العقد غير صحيح إن لم يكن الزوج كفؤا ، أو للولى حق الاعتراض فقط فى هذه الحال ، على اختلاف الروايات ، فهو حدد حق الولى ، وهم أطلقوه ، وهو لم يجعل سلطاناً عند الإنشاء ، وهم جعلوا له ذلك السلطان .

وإذا زوجت نفسها بأقل من مهر المثل ، فقد قلنا أن أبا حنيفة يجعل للولى حق الاعتراض حتى يبلغ مهر المثل أو يفسخ العقد ، لأن الأولياء يعيرون

= (٢) وأن المفسدة إذا حصلت فى الأبضاع بسبب زواج غير الكفء حصل الضرر وتعدى إلى الأولياء بالعار والفضيحة الشنعاء ، وإذا حصل الفساد فى الأموال لا يكاد يتعدى المرأة .. وقد سئل بعض الفضلاء عن المرأة تزوج نفسها ، فقال « المرأة محل الزلل ، والعار إذا وقع لم لم يزل » ملخص عن الفروق .

إذا كان المهر دون مثلها ، وقال أبو يوسف ليس للولى الاعتراض ، لأن ذلك ليس موضع عار ملازم ، ولأن لها الإسقاط مهما تكن التسمية . فلا جدوى فى الاعتراض ورفعه إلى مهر المثل ، ثم إسقاطه بعد ذلك .

وإذا زوجت نفسها من كفء ، فعلى ظاهر الرواية يكون للولى حق الاعتراض ، وعلى رواية الحسن بن زيادة العقد يكون فاسداً . إذا كان ولى عاصب ، وقد رجح ذلك صاحب فتح القدير لأنه ليس كل ولى يرفع الأمر إلى القضاء ، وليس كل قاض يقضى بيسر من غير مشقة ، وقد يدخل بها فى أثناء ذلك فيكون منه الولد فلا يرفع ، ولاترجى مصلحة .

وقال بعض الفقهاء : له الاعتراض ، حتى تلد ، وألحق بعضهم الحمل الظاهر بالولادة .

وقال أبو حنيفة أنه يستحب أن يزوج البالغة العاقلة وليها ، وأنه لابد من رضاها باتفاق الفقهاء ، فإذا استأذنهم فرضيت أنشأ العقد بتوكيلها ،وإن لم ترض لاينشأ العقد نافذاً بالاتفاق ، والرضا دلالة يكتفى ، ومن الرضا دلالة سكوت البكر إذا علمت الزوج والمهر من الولى : لأنها تستحيي أن تعلن القبول ، ولاتستحيي أن تعلن الرفض ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى البكر : « إذنها صماتها » ؟

الوكالة فى الزواج

١٠٥ — من القواعد المقررة أن من ملك تصرفا ملك التوكيل فيه إن كان فى ذاته يقبل الإنابة ، وعقد الزواج يقبل الإنابة ، فيجوز التوكيل فيه ، فيملك صاحب الشأن أولوية أن يوكل فيه ، ويصبح من الرجل والمرأة على سواء عند أبى حنيفة ، لأنه مجيز لها أن تنشىء العقد بنفسها ، ومن يتولاها يكون وكيلا عنها إذا كانت بالغة عاقلة ، وعند جمهور الفقهاء وليها (١) يتولى

(١) قال بعض الشافعية أنه لا حاجة إلى توكيل للأب والجد ، وغيرهما لابد من التوكيل .

عنها من غير توكيل ، إنما هو الذى يملك إنشاء العقد ، وإن كان لابد من رأيها فلا حاجة إلى توكيلها ، إنما الحاجة إلى رضاها .

ولاحاجة فى التوكيل إلى شهادة ، لأن التوكيل ليس جزءاً من عقد الزواج (١) ولكن تستحب الشهادة حتى لاتجرى مشاحنة فى صفة العاقد .

والتوكيل يجوز مطلقاً ومقيداً ، لأنه كسائر العقود غير اللازمة يجوز تقييده بكل شرط ، سواء أكان التقييد فى الطرف الآخر أم كان التقييد فى المهر . فالتقييد فى الشخص الآخر كأن يوكله بالتزويج من امرأة معينة ، أو من أسرة معينة ، أو قبيلة معينة ، أو توكله بالتزويج من شخص معين ، بالقيود السابقة والتقييد فى المهر بذكر مقدار معين :

والمطلق لايذكر الموكل فيه قيداً لافى الشخص (٢) ، ولا فى مقدار المهر.

وإذا قيد الوكيل بشخص بعينه ، أو كان المهر مقدرا بمقدار معلوم ، فلا تجوز المخالفة ، فإن وافق العقد إرادة الموكل نفذ العقد . وإن خالف إرادة الموكل من التقييد كان العقد موقوفاً ، فإن أجازه الموكل نفذ العقد وإن لم يجزه بطل ، لأن العاقد كان فضولياً ، إذ خرج عن حدود الوكالة .

وعلى ذلك إذا قيد الزواج من شخص يكون فضولياً إن زوجها من غيره وكذلك إذا كان الموكل هو الزوج . ، وإذا كان الموكل هو الرجل وقيد الوكيل بمهر معين ، فلا ينفذ العقد إذا زوجه بأكثر . لأنه يكون فضولياً ، وإن تعهد الوكيل بالزيادة والتزم أن يؤديها ، إذ ليس كل شخص يقبل منه العطاء ، وخصوصاً فى مهر زوجته . وإن زوجه بأقل مما قدر لايكون العقد موقوفا ، لأنه يوافق إرادته وإن لم يكن بما سمى ، لأن من يرضى بالكثير يرضى بالقليل ، فالمخالفة صورية ، لم تخالف فيها الإرادة الحقيقية . وإن كان مصرا على الكثير ، فليزده إن أراد .

وكذلك الحكم إن قيدت المرأة الوكيل بمهر معين ، وخالف إلى أقل لاينفذالعقد ، وإن خالف إلى أكثر ينفذ وتلزم الزيادة إذا قبلتها ، ولايكون

---

(١) روى عن الحسن بن صالح أنه لا بد من شاهدين .

(٢) منع الفقهاء صحة التوكيل المطلق ، لعدم تعيين محل العقد ، والغرر ، والجهالة .

فضولياً لأنها إن رضيت بالقليل ترضى بالكثير ، فلم يخالف إرادتها ، وإن خالف لفظها ، وإن كانت مصرة على القليل ، فلتسقط عنه الزيادة إن أرادت (١) .

١٠٦ — وإن كان التوكيل مطلقاً بالنسبة للشخص ، أو بالنسبة للمهر أو بالنسبة لهما معاً ، فهل يتقيد الوكيل بالكفاءة والسلامة ومهر المثل ؟

إن كان الموكل هو الرجل ، فقد قال أبو حنيفة لايتقيد الوكيل بالكفاءة ولا بالسلامة ، ولا بمهر المثل ، وقال الصاحبان يتقيد بالكفاءة والسلامة عند الإطلاق ، ويتقيد بمهر المثل ، ولايزيد إلا بما يتغابن فيه الناس عادة ، فعند عدم تعيين الزوجة بأن كان الإطلاق فيها فقط ، فأبو حنيفة يقول : له أن يزوجه بالسليمة والمعيبة بعور ، أو عرج ، ولو كانت مقعدة أو شلاء ، كفؤا كانت أو غير كفء . وعند إطلاق المهر يزوجه بمهر المثل وبزيادة يتغابن في مثلها أو لايتغابن وذلك لأن التوكيل مطلق ، ومقتضى الإطلاق أن يزوجه بمن ينطبق عليها اسم المرأة ، ولاموجب للتقييد بامرأة دون أخرى ، إذ لادليل يوجبه ، ومن الناس من يرغب في غير المتكافئات في النسب ، لأنه يرى فيهن تطامناً وطاعة لايراها في ذات النسب ، فيكون ذلك مرغبا له فيهن .

وقال الصاحبان : إن اللفظ ، إن كان مطلقاً فالعرف يقيده ، لأن طالب الزواج يطلب أكمل امرأة تليق به ، ولايطلب أبعد النساء عن الملاءمة ، فيجب أن ينصرف اللفظ إلى ذلك ، وهذا لايتحقق إلا في الكفء السليمة . ولأن من يوكل غيره في أمر زواجه إنما يستعين برأيه ، فإن فوض إليه فإنما يفوض أمره إلى ثقة وثق بحسن اختياره ، وهذا يقتضي أن يكون التوكيل مقيداً في المعنى بالكفاءة والسلامة ، وكذلك يفسر الإطلاق في المهر ، فإن العرف يقيده بمهر المثل لايزيد .

---

(١) إذا حصلت مخالفة للشروط التي قيد بها الوكالة ولم يعلم الموكل بالمخالفة فإن العقد يستمر موقوفاً ولو حصل دخول ، فإن علم وأجاز اعتبر الدخول في عقد صحيح لأن الإجازة جعلته نافذا من وقت صدوره ، وإن لم يجز بطل العقد واعتبر الدخول دخولا في عقد فاسد قويت الشبهة فيه . ويجب مهر المثل لا يتجاوز المسمى ، ولا يثبت نفقة .

وإذا كان التوكيل من جانب المرأة ، فإن كان الموكل وليها ، أو هى إذا كانت بالغة عاقلة ، فهل يتقيد الوكيل بالكفاءة ومهر المثل عند الإطلاق فيهما ؟ .

إذا كان الولى هو الموكل ، وهو يملك التزويج بغير كفء وبأقل من مهر المثل كالأب والجد ، فى هذه الحالة يملك الوكيل التزويج من غير قيد الكفاءة ومهر المثل عند أبى حنيفة ، لأن الوكيل يستمد السلطان من الموكل ، فهو على قدر سلطانه ، وإذا كان الولى لايملك الزواج إلا بقيد الكفاءة ومهر المثل ، فبالاتفاق يكون الوكيل مقيداً بهما (١) لأن موكله لايملك غير ذلك . وإذا كانت البالغة العاقلة هى التى وكلت ولها ولى عاصب ، فإن الوكيل مقيد بالكفء لأن تزوجها نفسها من غير كفء غير صحيح على القول الراجح ، فيكون الوكيل مقيداً بالكفء لأنه يملك ماتملك هى فقط ؛ وإن لم يكن لها ولى عاصب فقد اختلفت عبارات الكتب ، وظاهر عبارة البدائع أن الخلاف بين الإمام والصاحبين يجرى هنا .

فأبو حنيفة يجعل الوكيل غير مقيد ، وأبو يوسف يجعله مقيداً ، ولكن ظاهر عبارة فتح القدير أن أبا حنيفة يقيد الإطلاق بالكفاءة ، ويفرق بين الرجل والمرأة ، فالمرأة تعير بغير الكفء ، فيتقيد إطلاقها بخلاف الرجل ، فإنه لايعير فلا تكون الكفاءة قيدا عند إطلاقه لفظ التوكيل (٢) وعلى ذلك إذا زوجها من غير كفء فبالاتفاق يكون الزواج موقوفاً على إجازتها ، على منهاج صاحب فتح القدير ، وهو نظر سليم .

هذا بالنسبة للكفاءة إذا كان الموكل هو البالغة العاقلة ، أما بالنسبة للمهر فالخلاف بين الإمام والصاحبين يجرى ، فالإمام سار على أن التوكيل مطلق لايوجد ما يقيده ، والصاحبان يريان أن هناك ما يقيده ، وهو العرف وأن ، الاستعانة بالوكيل للمصلحة الظاهرة . وهى تكون بالزواج بمهر المثل ،

---

(١) ومثل ذلك إذا كان الموكل هو ولى الزوج إذا كان لا يملك إلا بالكفاءة ومهر المثل ، فبالاتفاق لا يملك الوكيل إلا ما يملكه الولى الذى وكله .

(٢) وأما سلامة الزوج من العيوب فإن الخلاف فيها يجرى بين الإمام وصاحبه فى كل الصور التى يكون التوكيل فيها من جانب المرأة ، سواء كان الموكل الولى أم المرشدة البالغة العاقلة .

ولا ينقص ، وقد قال ابن عابدين فى ذلك : « وإن لم يذكره (أى المهر) فزوجه بأكثر من مهر المثل بما لايتغابن فيه الناس ، أو زوجها بأقل منه كذلك صح عنده ، خلافا لهما ، لكن للأولياء حق الاعتراض فى جانب المرأة دفعاً للعار عنهم » .

وعلى ذلك إذا زوجها الوكيل عند الإطلاق فى المهر بأقل من مهر المثل بغبن فاحش ، فعند الصاحبين يكون موقوفاً على إجازتها ، وعند أبى حنيفة يكون نافذاً ، ولكن لايكون لازماً بالنسبة للولى العاصب إن كان ، فله الاعتراض ، حتى يرفع إلى مهر المثل ، أو يفسخ العقد .

١٠٧ — وفى حالة الإطلاق هل للوكيل أن يزوج من نفسه أو ممن هو فى ولايته ، أو من لاتقبل شهادته له ؟ .

لقد اتفق فقهاء المذهب الحنفى على أن الوكيل فى حال الإطلاق ليس له أن يزوجها من نفسه ، ولا ممن هو فى ولايته ، لأن من يوكل شخصاً فى عقد لايفهم من التوكيل عادة أن العقد يكون معه ، بل يكون مع عاقد آخر ، ولأن الإطلاق يقتضى أن يكون الطرف الآخر غير معلوم ، إذ لو كان معلوماً لنص عليه ، فلو كان للموكل إرادة فى الزواج من الوكيل أو ممن هو فى ولايته ، وهم معلومون له لذكر ذلك ، ولم يطلق .

أما تزويج الوكيل ممن لاتقبل شهادتهم له ، وهم أصله وفرعه ، فعند الإطلاق يرى أبو حنيفة أنه ليس له أن يزوج واحدا من هؤلاء ، لأنه متهم فى محاباتهم ، ومكان التهمة مستثنى عند التوكيل ، سواء أكان كفؤا وبمهر المثل أم لم يكن ، وقال الصاحبان إن الوكيل له أن يزوج من هؤلاء مادام من كفء وبمهر المثل ، لأن التهمة تنتفى بتوافر هذين الأمرين .

١٠٨ — والوكيل فى عقد الزواج سفير ومعبر لايرجع إليه شىء من حقوق العقد ، فلايطالب بالمهر ، إن كان وكيل الزوج ، ولايتسلم المهر إن كان وكيل الزوجة ، ولايضمن شيئا مما يتعلق بذلك ، إلا إذا كانت هناك كفالة صريحة من جانبه ، والوكيل على ذلك يقبض المهر ، كما ذكرنا إلا إذا كان مأذونا بذلك صراحة أو دلالة ، وقبضه فى هذه الحالة بتوكيل آخر غير توكيل الزواج ، وهو التوكيل بالقبض ، وقد قالوا إن من الإذن بالقبض

دلالة أن يقبض الأب أو الجد المهر . وتسكت البنت البكر الرشيدة عن المطالبة به عند العقد . فإنه فى هذه الحال يعتبر قبض الأب أو الجد قبضا منها ، وتبرأ ذمة الزوج . ليس لها أن تطالب من بعد . لأن سكوتها ، وهى ترى وكيلها هذا يقبض ، وتركها المطالبة وقت العقد اعتبر رضا منها بقبضه ، ولأن الظاهر أنها ترضى بقبض الأب والجد . لأن كليهما يقبض مهرها . فيضم إليه أمثاله . ويجهزها به . ولأن العرف جرى على أن هذين الوكيلين فى حال توليهما العقد يقبضان المهر .

وإن كانت الموكلة ثيباً ، أو كان الوكيل فى العقد غير الأب والجد ، فلا يعد السكوت رضا ، ولابد من الإذن الصريح . ولاتبرأ ذمة الزوج بتسليم الوكيل ، لأن السكوت فى جانبها لايعد رضا ، إذ هى لاتستحي من الإذن الصريح .

الكفاءة

١٠٩ — ذكرنا أن الكفاءة فى الزواج شرط لصحة الزواج عند أبى حنيفة إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها ، ولها ولى عاصب لم يرض بالزواج قبل العقد ، وذلك على رواية الحسن بن زيادة ، وعلى ظاهر الرواية هى شرط لزوم بالنسبة للولى ، ولها أحياناً ، ونريد هنا أن نبين معنى الكفاءة وموضعها وماتعتبر فيه .

والكفاءة فى أصل معناها فى اللغة المساواة ، والمراد بها فى النكاح المساواة بين الزوجين فى أمور مخصوصة يعتبر الإخلال بها مفسداً للحياة الزوجية وقد اختلف الفقهاء فى هذه الأمور .

وهى عند الحنفية (١) المعمول بمذهبهم فى مصر ستة أمور : هى النسب

---

(١) يلاحظ أن الكرخى من المجتهدين المخرجين فى المذهب الحنفى لم يعتبر الكفاءة فى حال من الأحوال أو أمر من الأمور ، مستدلا بأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بنى بياضة أن يزوجوا أبا هند ، وهو حجام ، وبأن بلالا رضى الله عنه خطب إلى قوم من الأنصار فأبوا أن يزوجوه فقال صلى الله عليه وسلم : « قل لهم إن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمركم أن تزوجونى » ، ولو كانت معتبرة ما أمرهم ، وإن الكفاءة لو كان لها فى الشرع اعتبار لكان أولى بها باب الدماء ، لأنه يحتاط فيه بما لا يحتاط فى سائر الأبواب ، ومع هذا لم تعتبر ، فالشريف يقتل بالوضيع ، فها هنا أولى ، وقد قال مثل هذا القول سفيان الثورى .

والإسلام ، والحرية ، والمال ، والديانة ، والحرفة ، على اتفاق فى بعض هذه الأمور واختلاف فى بعضها ، ولنذكر ذلك بقليل من التفصيل .

١١٠ — النسب : قد اتفق أئمة المذهب الحنفى على أن الكفاءة فى النسب معتبرة عند العرب وعلى أن غير العربى ليس كفؤا للعربية ، والقرشى كفء لكل عربية ، ولو كانت هاشمية ، ولكن روى عن محمد رضى الله عنه أنه استثنى بيت الخلافة ، وكان هاشمياً عباسياً ، فلم يجعل كفؤا لنسائه إلا الهاشمى وليس كل عربى كفؤا للقرشية ، وقد أخذ فى ذلك مما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « قريش بعضهم أكفاء لبعض ، بطن ببطن ، والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة لقبيلة ، والموالى بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل (١) »

وهذا الخبر إن صح يدل على ثلاثة أمور .

(أولها) أن الأعاجم لا كفاءة بينهم بالنسب ، والتفاضل بينهم بالرجولة ، والقبائل العربية متكافئة فيما عدا قريشاً .

(ثالثها) أن قريشاً بعضهم أكفاء لبعض ، وليس سائر العرب كفؤا لهم .

والسبب فى اعتبار الكفاءة بالنسب عند العرب هو جريان التفاخر بينهم بالأنساب ، واستحفاظهم عليها ، وتعييرهم ممن يتزوج ممن دونها نسباً ولا تندمج الأسرتان مع ذلك التفاوت .

ويجدر بنا أن ننبه هنا إلى أمرين :

(أحدهما) أنه روى عن أبى يوسف رضى الله عنه أن المولى إن اشتهر بفضل من علم ، أو أحرز من الفضائل مايرفع مكانته عند الناس يصير كفؤا للقرشية بل الهاشمية . وقد أخذ بذلك فى المذهب الحنفى ، ولذلك تقرر فيه أن العالم الأعجمى كفء للقرشية العربية ، بل العلوية الفاطمية ، لأن شرف العلم فوق النسب .

(ثانيهما) أنه روى عن الشافعى رضى الله عنه ، وعليه أكثر أصحابه

---

(١) تكلموا فى سند هذا الحديث . ولقد جاء فى نيل الأوطار « لم يثبت فى اعتبار الكفاءة حديث صحيح »

من بعده ، أن الكفاءة معتبرة فى أنساب العجم فيا بينهم . والأمر فيه إلى عرفهم ، قياساً على اعتبار عرف العرب ، وإن للعجم أو على الأقل لبعضهم عرفاً للنسب فيلاحظ عرفهم ، كما لاحظنا عرف العرب ، وإن ذلك الرأى هو الرأى المعقول مادام الأساس فى الكفاءة هو العرف ، وبعض الأعاجم يعنون بأنسابهم كأشراف الإنجليز مثلا ، فيجب أن تعتبر الكفاءة فيما بينهم إن أسلموا ، كما اعتبرت عند العرب .

١١١ — الإسلام : وهو يعتبر عند الموالى فقط . لأنهم بعد إسلامهم صار فخرهم فى الإسلام . وهو شرفهم . ويقوم عندهم مقام النسب ، ويروى أنه قد تفاخر جماعة من الصحابة بأنسابهم ، وسلمان الفارسى معهم . فقالوا لسلمان : ابن من أنت ؟ فقال رضى الله عنه : أنا ابن الإسلام . فبلغ ذلك عمر رضى الله تعالى عنه فبكى وقال : « وعمر ابن الإسلام » .

وإذا كان فخرهم بالإسلام ، فمن أسلم أبوه وجده كفء لمن لها آباء فى الإسلام ومن له أب واحد كفء لمن لها أب ، وليس كفؤا لمن لها أبوان . ومن أسلم بنفسه ليس كفؤا لمن لها أب فى الإسلام ، ولقد اكتفى أبو يوسف بإسلام الأب فاعتبر من له أب واحد فى الإسلام ، كفؤا لمن لها آباء ، وذلك لأن التعريف عنده يكون كاملا بذكر الأب فمن له أب واحد فتعريفه كامل بالإسلام ، فيكون كفؤا لمن لها آباء. وأما الطرفان فالتعريف عندهما لا يكمل إلا بالأب والجد ، فلا يكون تعريفه بالإسلام كاملا ، إلا إذا كان أبوه وجده مسلمين .

١١٢ — الحرية : وهى معتبرة كالكفاءة فى الإسلام عند المولى فقط ، لأنه لم يقبل من العربى إلا الإسلام أو القتل ، والأصل فى اعتبارها أن الرق يجلب عاراً أكثر مما يجلبه سوء النسب ، ويلاحظ فيها ما يلاحظ فى الكفاءة فى الإسلام ، فالمعتق ليس كفؤا لمن لها أب فى الحرية ، ومن له أب فى الحرية ليس كفؤا لمن لها أبوان ، ومن له أبوان كفء لمن لها آباء ، ويقول أبو يوسف من له أب واحد فى الحرية كفء لمن لها آباء ، لأن كمال التعريف عنده بالأب كما علمت .

١١٣ — المال : والمال بالكفاءة فيه أن يكون قادراً على المهر والنفقة لأنه من لايقدر على مهر امرأته ونفقتها لايكون كفؤا لها ، إن المهر حكم من أحكام العقد ، ومن لم يكن قادراً عليه لايكون قادراً على تكليفه ، والنفقة تندفع بها حاجتها ، وهى إليها أحوج منها إلى نسب الزواج ، وروى عن أبى يوسف أن القدرة على المهر ليست بشرط لتحقيق الكفاءة فى المال ، إنما الشرط القدرة على النفقة ، لأنها هى التى بها دوام العقد واستمراره غالباً ، أما المهر فقد يكون قادراً عليه بقدرة أبيه أو أمه أوجده أو جدته ، أو غيرهم ممن جرت عاداتهم بإهدائهم المهر للزوج حال يسارهم ، وروى عن أبى يوسف أيضاً أنه اكتفى بأن يكون قادراً على ما جرى العرف بتعجيله ، وقدرته فى النفقة تكون إذا كان كسوباً ، ولو كان لايكتسب إلا ماينفق منه يوماً بيوم (١) :

هذه هى الكفاءة فى المال ، وهناك كفاءة تسمى الكفاءة فى الغنى أو اليسار ، وهى أن يكون قريباً منها فى ثروتها إذا كانت ذات ثروة وغنى بين ، وقد اختلف فقهاء الحنفية فيها . فبعضهم يعتبرها (٢) ، وبعضهم لايعتبرها ، ووجهة من اعتبرها ماتعارفه الناس من المفاخرة بكثرة المال ، وأن الغنية العظيمة تتضرر من عشرة من لايقاربها ثروة ، ومادامت الكفاءة تقوم على العرف يجب اعتبارها . وروى أن عائشة رضى الله عنها قالت : « رأيت ذا المال عند الناس مهيباً ، ورأيت ذا الفقر مهيناً » . وقالت : « إن أحساب أهل الدنيا بنيت على المال » .

---

(١) اختلفت عبارات الكتب بالنسبة للقدرة على المهر والنفقة ، أما المهر فى الهداية والفتح ، أن القدرة على المهر تكون بالقدرة على المعجل ، وعبارتهما تفيد أن ذلك رأى أئمة المذهب ، لا رأى أبى يوسف وحده ، وفى البدائع أن القدرة على المهر بالقدرة على مهر مثلها ، ولكن يستظهر أنه يكتفى بالقدرة على المسمى إذا كان أقل من مهر مثلها ، وجازت التسمية ، أما فى النفقة فقيل ما قاله أبو يوسف ، وهو المعقول ، وقيل أن يملك نفقة شهر ، وقيل ستة أشهر وقيل سنة ، وفى البحر إن كان من ذوى الحرف تكون القدرة بكونه كسوباً ، وإن لم يكن ذا حرفة ، فالقدرة على نفقة شهر .

(٢) ذكرت الهداية أن الكفاءة فى الغنى رأى أبى حنيفة ومحمد ، ولكن ليست هذه رواية الأصول ، لأن ما فى المبسوط والمتون يخالفها .

والأصح فى المذهب أن الكفاءة فى الغنى غير معتبرة ، لأن الكفاءة تكون فى الأمور التى لاتقبل الزوال ، أو لايمكن تنفيذ أحكام عقد الزواج بدونها ، والغنى ليس من الأمرين ، لأن الغنى قابل للزوال ، إذ المال غاد ورائح ، فغنى اليوم قد يكون فقيراً غداً ، وليس فى عدم الغنى مايمنع تنفيذ أحكام النكاح ، إذ القدر اللازم لتنفيذ أحكام النكاح كان فى الكفاءة فى المال فيكتفى بها .

١١٤ — الديانة : والمراد بالديانة تدين المرأة وصلاحها ، فالفاسق ليس كفؤا للصالحة بنت الصالح ، فإن كان أبوها فاسقاً ، أوكان الأب صالحاً وهى ليست كذلك ، فالفاسق كفء باتفاق .

واختلف النقل عن أئمة المذهب الحنفى فى اعتبار هذا النوع من الكفاءة(١) وأصح الروايات أن محمداً يرى اعتبارها ؛ إلا أن يكون الفاسق مهيباً ذا شوكة بين الناس تمحو عار فسقه ، ولم يعتبرها أبو حنيفة مطلقا ، لأن الفسق قابل للزوال ، وقال ذلك القول أبو يوسف ، إلا إذا كان الفاسق يجهر بفسقه بين الناس ، ولايخفيه ، فنى هذه الحال لايكون كفؤا للصالحة بنت الصالح ، وهذا ما ذكره السرخسى فى المبسوط ، والهداية تسند القول باعتبارها إلى الشيخين .

وحجة محمد فى اعتبارها بإطلاق ، أن الصلاح من أعلى المفاخر ، والمرأة تعير بفسق زوجها ، والفسق يخل بأحكام الزواج .

١١٥ — الحرفة : ومعنى الكفاءة فى الحرفة أن تكون حرفة الزوج مقاربة لحرفة أبى الزوجة ، وقد اعتبر هذا النوع من الكفاءة أبو يوسف ومحمد ولم يعتبره أبو حنيفة . وروى عن أبى يوسف مثل قول أبى حنيفة إلا أن تفحش كالحجام والدباغ والسائس وغيرهم من ذوى الحرف التى تنزل بأصحابها عن مراتب أصحاب البيوتات فى عرف الناس .

وإن من اعتبر هذا النوع من الكفاءة نظر إلى عرف الناس ، إذ أن الناس ينفرون من الزواج ممن دونهم حرفة ، وخصوصاً إذا فحش الفارق

---

(١) روى أن الأخذ بها مذهب الشيخين ، وروى أنها مذهب محمد وهو الأصح .

بينهما ، كالأمثلة السابقة ، وإذا كان العرف هو المعتبر فى الكفاءة فيجب أن تعتبر ، ونحن نميل إلى ذلك الرأى .

ومن لم يعتبر هذا النوع لاحظ أن الحرف أوصاف غير ملازمة ولادائمة ، فقد يرفع الله ذا الحرفة الخسيسة إلى أعلى منها ، والزمان قلب والله يعطى ويمنع ، وهو على كل شىء قدير .

وهذا هو المعمول به ، وفى المشروع الذى أعد سنة ١٩٥٦ اعتبار الكفاءة كهذا المذهب ، بيد أنه أسقط الحرية والإسلام ، وإليك نص المادة ٤٥ منه .

« يشترط فى لزوم الزواج أن يكون الرجل وقت انعقاد العقد كفؤا للمرأة من حيث النسب والديانة والمال والمهنة ، وذلك حسب العرف وتقدير القاضى » .

١١٦ — هذه هى الأمور التى تعتبر فيها الكفاءة فى المذهب الحنفى ، وهو أوسع المذاهب الأربعة بالنسبة لها ، لأن إمامه الأول أبا حنيفة إذ أطلق حرية المرأة فى الزواج قد احتاط للولى بالتوسع فى معنى الكفاءة ، والتشدد فى اشتراطها ، لكيلا تسىء المرأة فى الزواج إليه .

ولنذكر كلمات موجزة تشير إلى المذاهب الثلاثة ، بالنسبة لهذا الموضوع . فمذهب مالك الذى اعتبره ابن القيم روح الإسلام فى هذا المقام لم يعتبر الكفاءة فى النسب ، ولا فى الصناعة ولا فى المال أو الغنى ، إنما الكفاءة فى التدين والتقوى والسلامة من العيوب ، بأن يكون الرجل سليما من العيوب الجسمية المستحكمة التى لا يمكن العشرة معها إلا بضرر ، وبالنسبة للحرية عن مالك روايتان : رواية تجعلها من الكفاءة ، فالعبد ليس كفؤا للحرة ، ورواية لا تجعلها جزءاً من الكفاءة ، فالعبد ليس كفؤا للحرة مادام من التدين والتقوى ما يدفعه إليها ، فلا عزة إلا بالتقوى قال تعالى « إن أكرمكم عند الله أتقاكم » .

ولقد قارب المذهب الشافعى المذهب الحنفى ولكنه زاد عليه بعض الأمور ونقص بعضها ، وشدد فى بعضها بما لم يشدد الحنفى ، فزاد على الحنفى

السلامة من العيوب ، ولم يذكر الكفاءة فى المال ، وذكر الكفاءة فى النسب وكان فيها كالمذهب الحنفى تقريباً ، كما اعتبر كفاءة الإسلام قريبا مما اعتبر ، واعتبر الكفاءة فى التدين إلى حد ، وسماها الكفاءة فى الفقه ، واعتبر الكفاءة فى الحرفة ، وفى الحرية ، وشدد فيها بما لم يشدد الحنفى ، فمن دخل الرق فى أجداده ولو كانوا بعداء ليس كفؤا لمن لايعرف لها رق فى جد أقرب من جدها الرقيق . فمن كان جده الثالث رقيقاً ، ليس كفؤا لمن كان جدها الرابع رقيقاً ، والباقون أحرار .

والراجح عند الشافعى أنه لاكفاءة فى اليسار أو الغنى ، وهو موضع خلاف ، والصحيح أنها ليست بلازمة .

والمذهب الحنبلى فيه روايتان عن أحمد : إحداهما أنه كالمذهب الشافعى ماعدا السلامة من العيوب فى الجملة ، والثانية أنه لاكفاءة فيه إلا فى التقوى والنسب ، فالروايات فى ذلك المذهب قد اتفقت على اعتبار النسب والتدين . واختلفت فيما عداهما ، ولم يشدد الأئمة الثلاثة فى اشتراط الكفاءة فى المال ، كما اشترط أبو حنيفة وأصحابه لأن المذهب الحنفى لايجيز طلب المرأة التفريق للإعسار ، أو عدم الإنفاق ، والأئمة الثلاثة يجيزون لها ذلك ، فلم يكن ثمة تشدد فى اشتراطها ، وشدد أبو حنيفة حتى تدخل المرأة الزواج فى بينة عالمة بأنه غنى أو فقير .

١١٧ - الجانب الذى تشترط فيه الكفاءة : الأصل فى الكفاءة أنها تشترط فى جانب الرجل ، أى يشترط أن يكون الرجل كفؤا للمرأة ، ولايشترط أن تكون المرأة كفؤا للرجل . وذلك لأن النصوص الواردة فى الكفاءة تتجه كلها إلى اشتراطها من جانب الرجل ، ولأن العار لايلحق أسرة الرجل إذا تزوج من خسيسة ، وهو يلحق أسرة المرأة إذا تزوجت من خسيس ، ولأن الرجل الرفيع فى نظر الناس يرفع امرأته ، والمرأة لاترفع خسيسة زوجها إن كانت رفيعة ، ولأن الرجل يملك الطلاق فى كل وقت ، فيستطيع دفع المغبة عن نفسه بخلاف المرأة ، فإنها لاتملك إيقاع الطلاق ، بل أقصى ماتملك أن تطلب من القاضى التفريق فى أحوال استثنائية خاصة .

لهذا كانت الكفاءة معتبرة من جانب الرجل إلا إذا كان مايسقطها ، ولايعتبر فى جانب المرأة فى المذهب الحنفى إلا فى صورتين :

(إحداهما) تزويج الصغير والمجنون إذا كان المزوج غير الأب والجد والابن ، أو كان واحداً من هؤلاء، وعرف بسوء الاختيار ، فإنه يشترط لصحة الزواج الكفاءة ، ولايصح العقد إذا كانت الزوجة غير كفء .

(ثانيهما) إذا وكل رجل وكيلا وأطلق ، فقال الصاحبان لايزوجه الا من امرأة كفء .

وانما اشترطت الكفاءة فى جانب الزوجة فى هذين الموضعين ، لأن الولاية فى الأولى محدودة مقيدة بالكفاءة ، إذ الولى فى هذه الحال مقيد بالمصلحة الظاهرة لعدم توافر الشفقة ، أو عدم توافر الرأى الكامل، والمصلحة الظاهرة فى التقييد بالكفاءة ومهر المثل حيث لاضمان لمراعاة مصالح خفية وراءها ، أما فى الصورة الثانية فلأن العرف قيد الإطلاق بالمرأة الكفء ، فهو كالولى فى الصورة السابقة معزول عن التزويج بغير كفء .

وترى من هذا أن الكفاءة معتبرة فى جانب المرأة فى هاتين الصورتين ، لأن المتولى ليس له سلطان فى التزويج بغير الكفء ، لا لأن مساواة المرأة بالرجل شرط فى ذاتها .

وذلك مع ملاحظة أن عدم الكفاءة فى الصورة الثانية يجعل العقل موقوفاً على إجازة الموكل . ولايكون باطلا بطلانا مطلقاً .

١١٨٠ — وقت اعتبار الكفاءة : ووقت اعتبار الكفاءة هو وقت إنشاء عقد الزواج ، لأنها شرط إنشاء لاشرط بقاء ، وعلى ذلك إذا تخلف وصف من أوصاف الكفاءة القابلة التخلف كالمال ، بأن كان قادراً على الإنفاق، ثم صار غير قادر بعد الزواج أو كان متديناً ، فشذ ففسق ، أوكان يحترف مهنة شريفة كالتجارة فأفلس فاحترف مهنة حقيرة ، فى هذه الأحوال لايفسخ النكاح لتخلف الكفاءة بل يبقى ، لأن النكاح قد تقرر ، فلا يفسخ بهذه الأمور العارضة ولاعار فى بقاء المرأة مع زوجها إن تغيرت حاله ، بل هو الصبر والرضى بحكم القدر ، وهما أمران محمودان .

١١٩ — من له حق الكفاءة : جمهور الفقهاء (١) على أن الكفاءة حق للزوجة، وحق للأولياء، فإن زوجت بغير كفء عالمة بذلك ولم يرض الأولياء فالعقد فاسد ، وقيل موقوف وهو رأى محمد ، وقيل للولى حق الاعتراض على الخلاف فى ذلك فى المذهب الحنفى ، وإن زوجت بغير كفء ، وهى غير عالمة بحاله وخدعت فيه تكون مخيرة بين الفسخ والإبقاء ، وإن رضيت وهى عالمة بنقص كفاءته ، ورضوا به عالمين ، فإنه ليس لأحد سبيل عليه ، بل يمضى العقد .

والولى الذى له حق الاعتراض على العقد إن نقصت الكفاءة ، أو يكون العقد فاسداً إن لم يسبق رضاه عند عدم الكفاءة هو الولى العاصب القريب ، فإن رضى القريب فليس لأحد من بعده أن يعترض ، وإن لم يرض ذلك الولى القريب لم يؤثر رضا من دونه لأنه لاولاية للبعيد مع وجود القريب ، وهذا إذا كان الولى القريب واحداً ، فإن تعدد الأقربون فإخوة أشقاء ورضى بعضهم قبل العقد أو وقت إنشائه ، ولم يرض الآخرون ، فقد قال أبو حنيفة ومحمد : رضا البعض يزيل حق سائرهم فى الاعتراض ، ويلزمهم لأن الولاية حق لايقبل التجزئة وسببه وهو القرابة لايقبل التجزئة أيضاً ، فيثبت لكل واحد من الأولياء كاملا كحق الأمان ، وحق العفو فى القصاص ، فإذا قام به واحد ، فان الجميع قام به ، فإذا رضى أحدهم بالعقد اعتبر ذلك رضا للجميع ، كما أن أحدهم إذا زوج كفؤا فليس للباقين أن يزوجوا ، هذا وإن رضا أحدهم بذلك الزواج دليل على أن ما ينالها من مصلحة فى الزواج يعلو ما ينالهم من عار عدم الكفاءة ، أو لا عار إذ يثبت العار فى كل مسألة تتخلف فيها الكفاءة .

وقال أبو يوسف وزفر لايسقط حق الأولياء المتساوين فى الدرجة والقوة إذا رضى بعضهم بالعقد ، لأن حق الكفاءة يثبت مشتركا بين الكل ، فإذا رضى أحدهم فقط أسقط حقه ، فلا يسقط حق الباقين كالدين المشترك بين

---

(١) خالف الجمهور أحمد فى إحدى الروايات عنه فاعتبر الكفاءة حق الله ، وهى لا تسقط ، ولو أسقطها الولى والمرأة ، وهذه الرواية هى التى تقصر الكفاءة على التدين والتقوى . وفى رواية تروى عن أحمد أن الكفاءة حق الأولياء العصبات جميعاً قريبهم وبعيدهم ، لأنهم جميعاً يعيرون .

جماعة ، فإذا أبرأ أحدهم لايسقط حق الباقين ، ولأن رضا أحدهم ليس أقوى من رضاها . إذ هي صاحبة الشأن الأول في الزواج ، وهي إذا أسقطت حقها في الكفاءة ورضيت لايسقط حق الأولياء ، فأولى ألا يسقط حق باقيهم إذا رضي بعضهم .

والراجح أن رضا بعضهم إن تعدد الأقربون يسقط حق باقيهم ، وعليه العمل وأقره مشروع الأحوال الشخصية في المادة ٤٩ .

١٢ — ومن هذا يتبين أن الكفاءة حق الزوجة ، وحق وليها القريب ، وقد فرع الفقهاء على ذلك عدة فروع منها :

(ا) أن المرأة العاقلة البالغة إذا زوجت نفسها من غير كفء فإن العقد يكون غير صحيح على الرأي الراجح كما بينا ، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة ، وذلك إذا كان لها ولي عاصب ، وذلك للاحتياط للعشرة الزوجية ، ولأنه إن صح الزواج فدخل بها ثم اعترض الولي ففسخ . فقد يكون لها منه أولاد ، أو يكون دخل بها . وبذلك يتقرر العار ، ولايمحوه فسخ من بعد (١) .

وهناك رواية تقابل هذه الرواية ، وهي اشهر ، وإن لم تكن الأصح ، وهي أن العقد يكون صحيحاً ، ولكن يكون للولي الاعتراض عليه ، وطلب نقضه ولاينقض إلا بحكم القاضي ، ولايسقط ذلك الحق إلا بالرضا صراحة أو دلالة لأن العقد نشأ مستوفياً كل شروطه ، ولكن فيه ما يمس غير العاقدين بالضرر وهم الأولياء ، فيكون طلب النقض دفعاً للضرر عنهم ،

وهناك رأي ثالث في المذهب الحنفي ، وهو أن حق الاعتراض وطلب

---

(١) قال كمال الدين بن الهمام في ترجيح هذه الرواية ، كم واقع لا يوقع ، وليس كل ولي يحسن المرافعة والخصومة ، ولا كل قاض يعدل . ولو أحسن الولي وعدل القاضي ، فقد يترك أنفة من التردد على أبواب الحكام ، واستثقالا لنفس الخصومات فيتقرر الضرر ، فكان منعه دفعاً له ، وينبغي أن يقيد عدم الصحة إنما كان على ما وجهت به هذه الرواية دفعاً لضرر ينالهم ، فإنه قد يتقرر كما ذكرنا .

الفسخ ليس مطلقاً عن الزمان ، بل إن حق الفسخ يسقط إذا ولدت ، حفظاً للولد ، لكي يتربى بين أبويه (١).

والمروى عن محمد أن العقد يكون موقوفا ، وإن هذا فى الواقع سير على مذهبه ، وهو أن المرأة ليس لها أن تزوج نفسها بغير رضا وليها ، سواء أكان الزوج كفؤا أم كان غير كفء .

(ب) إذا زوجت نفسها من شخص غير معلوم الحال ، ولم يذكر نسباً غير نسبه ، ثم تبين أنه غير كفء ، فليس لها حق الفسخ ، وللأولياء حق الفسخ دونها ،وذلك على الرواية التى تقول إن العقد صحيح، ولهم حق الفسخ ولو أخبرها بكفاءته أو شرط الكفاءة ، فلها ولهم حق الفسخ، وكذلك إذا انتسب لغير قبيلته ورضيت على ذلك الأساس، ثم تبين أنه غير كفء بعد ظهور نسبه ، فلهم ولها حق الفسخ (٢) وإن ظهر كفؤا بعد أن علمت حقيقة نسبه ، فلها وحدها حق الفسخ لأن رضاها كان على أساس نسب معين وقد غرها به ثم تبين خلافه ، فيكون لها الحق فى الفسخ لخلل فى الرضا ، ولو كانت هى التى غرته ، فانتسبت لغير نسبها لم يكن له الخيار ، لأنه لايفوت عليه شىء من مقاصد النكاح بما ظهر من تغريرها ، ولإمكان تخلصه منها بالطلاق .

(ج) إذا وكلت المرأة وليها العاصب ، فزوجها ، ولم يشترط الكفاءة عند العقد ، ثم تبين أنه غير كفء يكون لها الاعتراض عليه ، لعدم إسقاطها حقها فى الكفاءة، وليس للولى طلب الفسخ، لأنه أسقط حقه .

(د) إذا زوج الولى المرأة شخصاً معيناً برضاها ، واشترطت هى الكفاءة ولم يشترطها هو يكون موقوفا أو لها حق الاعتراض ، وليس له أن يعترض .

---

(١) ألحق بعض الفقهاء الحبل الظاهر بالولادة ، وبهذا أخذ المشروع الذى وضع سنة ١٩٥٦ فى المادة ٥١ منه،وهذا نصها : « يسقط حق الولى فى الفسخ لعدم الكفاءة إذا ظهر حمل الزوجة » .

(٢) قلنا أن كون الأولياء لهم حق الفسخ مبنى على الرواية التى تقول إن العقد صحيح ، وحقهم فى الاعتراض ، أما الرواية الأخرى فالعقد فيها غير صحيح .

القسم الثـــانى

حكم العقد

١٢١ – نقصد بحكم العقد الآثار الشرعية التى رتبها الشارع الإسلامى على العقد ، وهو ما يسمى مقتضى العقد ، ومن المقرر فى الفقه الإسلامى أن الشارع لايرتب حقوقاً شرعية على عقد من العقود ، إلا إذا كان العقد قد استوفى عند إنشائه شروط انعقاده ، وشروط صحته ، ولكن قد يحدث بسبب العقد غير المستوفى الشروط علاقة بين العاقدين ، فإنه يعمل الشارع على تنظيمها ، فيضع أحكاماً لها من حيث إنها أمر واقع ، فيعطيها حكما لحسم الخلاف . ومنع النزاع ، كإثبات الملكية بالقيمة وعدم الفسخ إذا تسلم المشترى المبيع فى البيع الفاسد ، وتصرف فيه أو استهلكه ، فإن الشارع ثبت الملكية تنظيما للأمر الواقع ، وحكم بعدم الفسخ حفظاً لحق الغير .

ولهذا كان العقد غير الصحيح فى الأنكحة أحيانا له بعض الآثار المترتبة على أمور نشأت مع هذه العقدة التى لايعترف الشارع بوجودها ، ونتكلم عن ذلك .

* * *

أحكام العقد

غير الصحيح - والموقوف - وغير اللازم

١٢٢ - النكاح غير الصحيح : يفرق فقهاء الحنفية بين العقد الباطل والفاسد ، وإن كان كلاهما غير صحيح ، وذلك فى المعاملات المالية ، أما فى الزواج فتجد المحققين (١) منهم لايفرقون بين النكاح الباطل والفاسد ، ويقول فى ذلك كمال الدين بن الهمام فى فتح القدير « إن العقد الباطل والفاسد فى النكاح سواء » .

فالحكم واحد سواء أكان الخلل فى ركن العقد وهو ما يعبر عنه بالباطل أم كان الخلل فى وصفه ، وهو ما يعبر عنه بالفاسد ، وعلى ذلك يكون باطل النكاح هو فاسده ، وفاسده هو باطله ، فليس النكاح إذن إلا قسمين : أحدهما صحيح والآخر غير صحيح .

والعقد غير الصحيح لايترتب عليه شىء مطلقاً ، لأن الأصل فى العلاقة بين الرجل والمرأة هو التحريم ، حتى يقوم سبب شرعى يثبت الحل ، وهو العقد الصحيح ، فإذا وجد نقل تلك العلاقة من التحريم إلى الحل ، وإن وجد غير مستوف لشروط الصحة ، فهو غير معترف به من الشارع ، فلا يرتب عليه حكما شرعياً بمقتضى الوجود المجرد ، ولذلك لاتثبت نفقة ، ولا طاعة ، ولاتوارث بأى حال ، ولاحق لأحدهما قبل صاحبه .

ولكن إذا حصل دخل فى هذا العقد غير الصحيح ، فهناك نجد واقعة لها تنظيم فى أحكام الشارع الإسلامى ، ذلك أنه من المقرر أن الزنى فيه حد ، وأن الحدود تدرأ بالشبهات ، وأنه إذا سقط الحد فى الدخول بالمرأة وجب المهر ، وأن الشبهة أحياناً تسقط الحد ، وتمحو وصف الزنى عند الدخول ، وحينئذ يثبت النسب ، وتثبت العدة ، وأحياناً تكون الشبهة مسقطة للحد ولاتمحو وصف الزنى ، وفى هذه الحال يثبت المهر ، ولاتثبت العدة ، وكان مقتضى

---

(١) قد جاء هذا فى الهداية ، وفتح القدير ، والعناية ، وأصول فخر الإسلام البزدوى .

القواعد العامة فى هذه الحال الأخيرة ألا يثبت النسب ، ولكن أثبته بعضهم احتياطاً لحق الولد .

وبالبناء على هذه القواعد المقررة الثابتة فى الفقه الحنفى — ننظر أكان الدخول فى العقد غير الصحيح مع شبهة أسقطت الحد ، ومحت وصف الزنى ، أم كانت مع شبهة أسقطت الحد ، ولم تمح وصف الزنى ، أم لم تكن شبهة ، أو كانت ضعيفة لاتسقط الحد ، وبالتالى لاتمحو وصف الزنى .

وإنا فى الإجابة عن هذا السؤال نحاول ضبط موضوع اضطربت فيه أقلام الفقهاء ، ولاندعى أننا ضبطناه محكما ، وجمعنا أشتاته ، ونقول فى ذلك :

إن الدخول فى النكاح غير الصحيح قد يكون بشبهة قوية تمحو الجريمة ، أى لايوصف الفعل بأنه زنى ، وقد يكون الدخول بشبهة ليست قوية ، لكنها تسقط الحد فقط من غير أن تمحى وصف الفعل ، وقد يكون الدخول بشبهة ليست لها قوة تسقط حداً ، أو شبهة قط . ولنذكر كل قسم من هذه الأقسام.

ومن هذا التقسيم يتبين أن العبرة فى ترتيب الآثار ، إنما هى بالدخول مع وجود الشبهة .

١٢٣ — الشبهة يقسمها فقهاء الحنفية إلى ثلاثة أقسام ، شبهة الملك ،أو شبهة الحل ، وشبهة اشتباه، أو شبهة فعل ، وشبهة عقد عند أبى حنيفة وحده :

(١) فشبهة الملك ، أو شبهة الحل ، أو شبهة المحل على اختلاف التسمية ، تكون إذا كان فى المحل دليلان أحدهما قوى يفيد التحريم ، والآخر ضعيف قد يؤدى إلى الحل ، وأن الحكم يسير على مقتضى القوى ، فإذا حصل دخول فى هذه الحال يكون سيراً على مقتضى الدليل الضعيف ، فيكون هذا شبهة قوية ، ومثال ذلك الدخول بجارية ابنه ، فإنه فى هذه الحال دليل التحريم قائم قوى ، وهو أنها ليست ملكا له ، بل ملك لغيره ، وهو ابنه ، لكن فى المحل دليل آخر ، وإن لم يكن له من القوة ما يعارض الأول فهو يوجد شبهة فى المحل ، وهوقوله صلى الله عليه وسلم : « أنت ومالك لأبيك » فإنه يفيد نوع ملكية للأب فى مال الابن ، والعادة جرت بسيطرة الأب على مال الابن للخلطة بينهما

ومثل ذلك أيضاً النكاح بلا شهود ، فإن دليل التحريم قائم وهو قوله عليه السلام « لانكاح بغير شهود » ، ويعارضه ما استدل به مالك رضى الله عنه ، فكان ذلك موجداً شبهة فى المحل ، وكذلك كل نكاح اختلف فى صحته ، وكان رأى الحنفية أو جمهورهم فساده ، فإن الدخول فيه دخول بشبهة قوية لمكان الدليل المعارض للتحريم ، وإن كان ضعيفاً لأنه وإن لم يوجد حلا أو شبهة حل فى المحل .

وحكم الدخول مع هذه الشبهة أنه يسقط فيه الحد ، ويمحو وصف الزنى فيثبت المهر ، والعقدة ، والنسب .

(ب) وشبهة الاشتباه أو شبهة الفعل ، هى الشبهة التى تحدث فى نفس الشخص فيظن الحرام حلالا من غير دليل من الشارع قوى أو ضعيف ، أو خبر من الناس اعتبر الشارع الأخذ به جائزاً ، ومثل ذلك من ظن بعض المحرمات عليه كأخته رضاعاً — حلالا له وهو يعلم العلاقة التى تربطه بها ، ولكنه يجهل التحريم ، فإن هذه الشبهة تسمى شبهة اشتباه ، لأن ذلك جهل بالشرع ، أو شبهة فعل ، لأن الشبهة صاحبت الفعل ، ولم تقم بالمحل ، وليس من ذلك من تزوج امرأة ، لايعلم أنها أخته من الرضاع ، وقد أخبره المتصلون به أنه لاعلاقة محرمة بينهما ، ثم تبين أن بينهما علاقة الرضاع المحرم ، فإن هذه تعد من الأول ، لأن الدليل وجد من إخبار من حوله بأن لاعلاقة بينهما ، فكانت الشبهة فى المحل لأنها ناشئة عن دليل مبيح ، وإن ثبت بطلانه .

وشبهة الاشتباه ، إذا وجدت أسقطت الحد ولم تمح وصف الزنى ولذلك لاتثبت العدة ، لأنه لاعدة من زنى ، ولايثبت معها النسب إلا فى بعض الأقوال وكان ثبوته فى هذه الأقوال لمصلحة الولد .

(ج) وشبهة العقد ، وقد ذكرها صاحب البحر فى ضمن أقسام الشبهة أى أن صورة العقد ، وهى الإيجاب والقبول الصادران عن عاقدين لعبارتهما اعتبار شبهة فى ذاتها ، بحيث لو حصل دخول مع هذه الصورة كان دخولا بشبهة ، ولو كان يعلم فساد العقد وعدم صحته ، وهذه شبهة عند أبى حنيفة وحده وخالفه الصاحبان فى ذلك .

وإنما تكون صورة العقد شبهة إذا وجدت هذه الصورة ولا تعتبر موجودة إذا كان أحد العاقدين فاقد الأهلية (١) وشبهة العقد عند من أثبتها تكون فى قوة شبهة الاشتباه فهى لاتمحو الوصف ، ولكن تسقط الحد ، وإذا سقط الحد فإن المهر لامحالة يثبت ، لأن الدخول فى دار الإسلام لايخلو عن عقر أى عن حد أو مهر .

١٢٤ — وعلى ذلك تقسم الدخول فى العقد غير الصحيح إلى ثلاث مراتب :

أولاها : دخول من غير شبهة أو اشتباه يؤثر فى الوصف ، أو فى الحد لأنه لاتوجد شبهة فى التحريم قط ، وذلك هو عقد يكون أحد الطرفين فيه فاقد الأهلية ، أو لايكون الإيجاب والقبول فى مجلس واحد لاحقيقة ولاحكما . فإن هذا العقد لاوجود له ، وليست ثمة صورة عقد تعتبر شبهة عند أبى حنيفة الذى يعتبر صورة العقد شبهة ، إذ العبارات ملغاة لااعتبار لها ، فلا وجود للعقد لاصورة ، ولاحكما ، فالدخول فى هذه الحال يوجب عقوبة الزنى المقررة فى الشريعة الإسلامية ، إذ لاشبهة قط .

الثانية : دخول فى العقد غير الصحيح قد صحبته شبهة اشتباه . وذلك فى المحرمات على التأبيد ، إذا عقد عليهن ، وحصل دخول بهذا العقد الصورى ، وكان يعلم بالعلاقة الرابطة ، ومثل المحرمات على التأبيد فى ذلك عقد غير المسلم على المسلمة ، والعقد على من هى فى عصمة الغير إذا كان يعلم ذلك ، ففى هذه الصور إذا حصل العقد مستوفياً الشروط ماعدا شرط الحل ، فإن الدخول يكون شبهة مسقطة للحد غير ماحية لوصف الجريمة ، لأن تحريم هؤلاء ثابت بدليل قطعى لاشبهة فيه قط وليس فى حالهن ما يسمح بوجود شبهة فى المحل قط فإذا كانت ثمة شبهة فهى شبهة اشتباه ، أو شبهة فعل ، وقد اشترط الصاحبان لوجود هذه الشبهة أن يكون جاهلا بالتحريم كمجوسى أسلم حديثاً ، وهو لايعلم بالمحرمات فى الإسلام ، وظن الحل ، أو فوضوى ممن يعتقدون

---

(١) أقسام الشبه هذه مأخوذة بتلخيص وتوضيح وترتيب من البدائع فى باب الحدود عند الكلام فى حد الزنى والشبهات الدارئة له .

الشركة فى النساء جاهلا بالتحريم فى الإسلام ، فنى هذه الأحوال توجد شبهة الاشتباه فإذا لم يكن جاهلا بالتحريم فإنه فى هذه الحال لايكون ثمة شبهة عند الصاحبين . أما أبو حنيفة فإنه لايشترط الجهل بالتحريم ، بل تثبت الشبهة ولو كان عالما بالتحريم لأن صورة العقد شبهة ضعيفة عنده وهى كشبهة الاشتباه فى حكمها .

ولقد قال صاحب البدائع فى تقرير رأى أبى حنيفة فى هذا المقام ، « الأصل عند أبى حنيفة — عليه الرحمة — أن النكاح إذا وجد من الأهل مضافا إلى محل قابل لمقاصد النكاح (١) يمنع وجوب الحد سواء أكان حلالا أم كان حراماً ، وسواء أكان التحريم مختلفاً فيه أم كان مجمعاً عليه ، وسواء أظن الحل ، فادعى الاشتباه أم علم الحرمة » .

وبهذه الشبهة على الاختلاف فى بعض صورها ما يسقط الحد ، ولا يمحى وصف الزنى ، كما نوهنا ، وإذا كانت كذلك فإنه يثبت المهر ، لأنه إذا سقط الحد وجب المهر لامحالة ، ولكن لاتثبت العدة ، لأنه لاعدة عن الزنى . أما ثبوت النسب فموضع خلاف بين فقهاء المذهب الحنفى . فبعضهم أثبت النسب احتياطا لمصلحة الولى ، ولأن الشبهة إذا أسقطت الحد كان ذلك دليلا على اعتبارها فى الجملة ، وبعضهم قال لايثبت .

وقد استظهر كمال الدين ابن الهمام عدم ثبوت النسب ، ورجح ذلك ، لأن الزنى لايثبت النسب . ووصف الزنى لم يزل بهذه الشبهة ، فالنسب كالعدة على سواء عنده .

ويلاحظ أن أبا حنيفة وإن أسقط الحد عند وجود هذه الشبهة التى اعتبرها لو كان يعلم بالتحريم — فهو قد قرر أن على القاضى أن ينزل تعزيراً وهو أقوى أنواع التعزير .

ثالثها : دخول فى العقد غير الصحيح يسقط فيه الحد ، ويمحى وصف الجريمة وذلك إذا كان ثمة شبهة قوية ، وذلك يثبت فى كل الأنكحة المختلف

---

(١) أبو حنيفة يعتبر الأنثى بوصف كونها محلا للعقد . ولو كانت محرمة . لأن التحريم ما جاء لعدم صلاحية المحل ، بل جاء لاعتبارات أخرى .

فيها ، وفى نكاح المحارم على التأقيت ماعدا من ذكروا فى النوع السابق ، وذلك لأن الأنكحة المختلف فيها كان الدخول بسببها مع شبهة لها دليل ،وهو دليل المخالف وإن كان ضعيفاً ، وهو يقتضى الحل ، وعلى ذلك تكون شبهة الحل ثابتة فى المحل،والمحرمات على التأقيت غير من ذكرنا شبهة الحل ثابتة فيهن، لأن الأصل فيهن الحل والتحريم لأمر عارض ، وحق الغير ليس متعلقاً بهن تعلقاً قوياً قطعياً يزيل كل احتمال للحل : بل ثمة شبهة بأصل الحل من غير مانع يزيل كل آثاره .

ومن هذه المرتبة كل شبهة أساسها اختلاف فقهى لوجود دليل للحل ، وإن لم يكن له من القوة مايثبته ، ويعارض به دليل التحريم ، ومنها حال من يقدم على الزواج ، وهو لايعلم سبباً محرماً ، ويجبره الناس بعدم قيام هذا السبب ، كمن يتزوج زوجة الغير إذا أخبره اثنان بوفاته ، ثم يتبين أنه حى ، وكمن يتزوج امرأة يظن بإخبار من حوله أو سكوتهم أنه لاعلاقة تربطه بها ، ثم يتبين أن هناك علاقة محرمة ، فنى كل هذه الأحوال وأشباهها ، وجد دليل الحل ، وهو إخبار من يكون من شأنهم أن يعلموا بالصلة المحرمة بأنه لاصلة محرمة ، فإن هذا دليل مبيح وإن لم يثبت أمام الدليل المحرم .

والدخول فى هذه الحال يسقط معه الحد ، ويمحى وصف الزنى كما بينا ، ولذلك يثبت المهر وتثبت العدة ويثبت النسب ، لأن الفعل ليس زنى ، إذ العذر قائم ، ودليل التحريم له معارض قد أوجد شبهة ، وإن لم يوجد حلا .

ويجب التنبيه إلى أن العقد الفاسد فى كل أحواله وصوره لايثبت توارثاً ولانفقة ، وإن ثبتت حرمة المصاهرة أحياناً فليست بسبب العقد ، ولكن هى ثابتة بالدخول ، فإن الدخول ، ولو زنى يثبت حرمة المصاهرة عند الحنفية .

حكم العقد الموقوف

١٢٥ — تبين أن العقد الموقوف هو الذى يتولاه ذو أهلية ليست له ولاية إنشاء العقد ، بأن يعقد لغيره ، وليس له عليه ولاية شرعية ، ولم يستمد الولاية منه بوكالة ، ومن ذلك تزويج الفضولى ، وتزويج الولى البعيد

مع وجود القريب . وإمكان القريب أن يتولى هو العقد ، ومنه تزويج ناقص الأهلية نفسه بمهر المثل والكفء .

والعقد الموقوف صحيح ، ولكنه غير نافذ ، فإن أجازه من له الشأن التحقت الإجازة بالإذن السابق على العقد . وإذا لم يكن للعقد مجيز كان غير صحيح ، كأن يعقد ناقص الأهلية لنفسه بأقل من مهر المثل ، أو بغير كفء ووليه العاصب أخوه . فإن العقد يقع غير صحيح لعدم المجيز ، وإن كان له مجيز ولم يجز العقد بطل واعتبر ملغى .

وإذا حصل دخول قبل الإجازة ثم كانت الإجازة ، فإنه يكون دخولا فى عقد صحيح ، لما قررنا من أن الإجازة تلتحق بالإذن السابق ، إذ الإجازة تجعل العقد نافذاً من وقت إنشائه .

أما إذا كان الدخول قبل الإجازة ، ثم أعقبه الرفض والإبطال ، فإن الدخول يكون مع شبهة قوية تسقط الحد ، وتمحو وصف الجريمة ، فيثبت المهر ، وتثبت العدة ، ويثبت النسب ، وإنما كانت الشبهة قوية ، لأن العقد قد صدر من أهله مضافاً إلى محله فكان مثبتاً للحل من وجه ، وإن كان غير معتبر ومثبتاً للشبهة ، وإن لم تكف فيه لإثبات الحل .

وإن كان الدخول بعد الرفض والعلم به ، فإنه لاشبهة تسقط حداً ، وبالتالى لايترتب شىء من مهر أو عدة أو نسب ، وقد نصت على هذا (المادة ٥٥) من المشروع الخاص بالأحوال الشخصية ، وهذا نصها :

« حكم الزواج الموقوف قبل الإجازة كالفاسد إلا إذا حصل الدخول بعد الرفض والعلم به فلا يترتب عليه أثر ما »

والعقد الموقوف لايثبت توارثاً إذا حصلت وفاة فى مدة وقفه . كما أنه لايثبت حرمة مصاهرة إذا لم يجز ، لأن البطلان أزاله من أصله .

حكم العقد الصحيح غير اللازم

١٢٦ — العقد الصحيح غير اللازم هو العقد الذى استوفى شروط الصحة وشروط النفاذ ، ولكنه لم يستوف شروط اللزوم ، فيجوز لمن له حق الفسخ أن يفسخه فى الحدود التى رسمها الشارع له ، ومن ذلك :

(ا) إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها من غير رضا وليها ، وكان الزواج من كفء ولكن بأقل من مهر المثل ، فإنه عند أبي حنيفة خلافاً لأبي يوسف يكون للولي حق طلب الفسخ لا أن يرفع المهر إلى مهر المثل ، وقال أبو يوسف ليس له حق في ذلك على ماتبين ، ويستمر حق الفسخ عند أبي حنيفة ، حتى يسقطه بالرضا بالعقد صراحة أو دلالة ، أو بالإسقاط .

(ب) إذا زوج الولي غير الأب والجد والابن القاصر من كفء وبمهر المثل فإنه عند زوال سبب القصر يكون للمولى عليه حق الفسخ بخيار البلوغ أو خيار الإفاقة ، على حسب سبب القصر . وقد بينا ذلك في موضعه .

(ج) إذا زوجت نفسها ، واشترطت الكفاءة ثم تبين أنه غير كفء ، فإنه يكون لها حق الفسخ ، وكذلك إذا انتسب إلى غير نسبه ، ثم تبين نسبه فإنه يكون لها حق الفسخ .

فى كل هذه الصور وأشباهها يكون العقد صحيحاً غير لازم .

وإذا حصل دخول في العقد غير اللازم قبل فسخه ، فهو دخول في نكاح صحيح لاشك فيه ، وهو حلال من كل الوجوه ، إذ أن العقد قائم مقرر الأحكام منتج كل آثاره إلى أن يفسخ ، فهو يوجب النفقة ، وإذا مات أحدهما قبل الحكم بالفسخ ، ولو بعد طلبه يكون للآخر أن يرثه ، لأن الزوجية التي هي سبب الميراث قائمة ثابتة ، ومتى كان سبب الإرث قائماً . فإن الملك به يثبت .

وتثبت حرمة المصاهرة بمجرد العقد الصحيح غير اللازم إذا كان مجرد العقد موجباً الحرمة ، فإذا زوجت البنت زواجا غير اللازم ، ثم حصل الفسخ قبل الدخول بطلب من كان غير لازم بالنسبة له فإنه لايجوز للأم أن تتزوج من كان زوج ابنتها ، لأن العقد قد وجد ، والفرق بين غير اللازم والموقوف في هذا أن الفسخ في غير اللازم لايقتضي عدم وجود العقد الذى هو سبب الحرمة ، بخلاف الرفض في العقد الموقوف ، لأن عدم الإجازة ألغى وجود العقد ، ولقد أنصف القانونيون ، إذ حكموا بأن ما يسميه الشرعيون موقوفاً — باطل بطلاناً نسبياً .

وإذا كان الفسخ بعد الدخول . فإن المهر المسمى يجب ، وتجب العدة ، ويثبت النسب . وتجب نفقة العدة إلى آخر ماهنالك من أحكام الزواج وآثاره.

ومثل ذلك إذا كان الفسخ بعد الخلوة الصحيحة .

وإذا كان الفسخ قبل الدخول ، وقبل الخلوة ، فإنه لايجب المهر كله . ولايجب نصفه ، سواء أكان الفسخ من قبل الزوج أم كان من قبل الزوجة ، لأن الفسخ فى هذه الحال يكون كنقض للعقد من أصله . وإن لم ينف أنه وجد ووقع . وإذا كان كنقض للعقد من أصله ، فلا يجب به مهر مادام لم يكن دخول ، ولاخلوة صحيحة بشروطها .

آثار العقد الصحيح

١٢٧ — آثار العقد : أو مقتضى عقد الزواج - هى الحقوق التى تثبت لكلا الزوجين على صاحبه بحكم ذلك العقد المقدس ، ونريد أن نتكلم هنا فى قضية من القضايا التى يتعرض لها الباحثون فى القوانين الحديثة ، ولها فى الشريعة الإسلامية نظير ، وهى آثار عقد الزواج أو العقود عامة أهى من عمل العاقدين أم من عمل الشارع ، فإذا كانت من عمل الشارع ، فإنه ليس للعاقدين أن يشترطا من الشروط مالا يتفق مع مايقرره الشارع من مقتضيات للعقد . وإن كانت الآثار من عمل العاقدين فإن كل ما يتفقان عليه من شروط مادامت لادليل يمنعها من الشارع لازمة بمقتضى التزام العاقدين الوفاء بها .

وقد شرحنا هذا الموضوع فى موضعه من الكلام فى قواعد العقود عامة(١) ونريد هنا أن نبين مايخص الزواج منه .

إن القاعدة العامة فى كل العقود الإسلامية ، وخصوصاً عقد الزواج أن الآثار المترتبة على العقد من عمل الشارع ، وإن كانت العقود الإسلامية تقوم فى الجملة على الرضا ، ولكن موضع الرضا هو فى إنشاء العقد ، أما الآثار فبترتيب الشارع حفظاً للعدل وصوناً للمعاملات فى العقود المالية عن النزاع

---

(١) شرحنا ذلك فى كتابنا الملكية ونظرية العقد (الناشر دار الفكر العربى) فارجع إليه .

وفى الزواج حفظاً للحياة الزوجية من أن تتعرض لعوامل الفساد بما يشترط العاقدان من شروط قد تكون منافية لمقاصد الشارع ، ومرماه من ذلك العقد المقدس .

وإذا كانت آثار عقد الزواج من عمل الشارع عند فقهاء المذاهب الأربعة فى الجملة ، فإن الشروط المقترنة بالعقود لاتكون ملزمة للطرفين إلا إذا كانت متفقة مع الآثار التى رتبها الشارع الحكيم على ذلك العقد المقدس ، فما يشترطه العاقدان من الشروط لايلزم إلا إذا كان الشارع يقره أو لاينافى مقاصده .

ولكن اختلف الفقهاء فيما يلزم من الشروط ما بين مضيق ، وموسع ، ومابين ذلك . فالظاهرية منعوا كل شرط إلا ماجاء النص بإثباته إذ قصروا الأدلة على النصوص ، والحنابلة وسعوا سبيل الشروط ، وأجازوا كل شرط إلا ماقام الدليل على منعه ، أى ماقام النص أو الأثر بمنعه ، وهم فى هذا يجعلون للعاقد فى الزواج عملا فى آثار العقد ، إذ يجعلون لشرط العاقد أثراً زائداً على مانص عليه الشارع ، إلا إذا كان مخالفاً لما جاء به الشارع الإسلامى من نصوص وآثار .

وذهب الحنفية والشافعية وأكثر المالكية إلى أن الشروط المعتبرة هى التى تكون متفقة مع مقتضى العقد ، كتقديم ضمان للمهر ، أوضمان للنفقة على بعض الأقوال .

وإذا كانت الشروط لها ذلك الارتباط بآثار العقد ، فمن الواجب علينا أن نبين آراء الحنابلة ومخالفيهم فيها فى هذا المقام فيما يلى :

١٢٨ — الشروط المقترنة بالعقد وآثاره : تنقسم الشروط المقترنة بالعقد من حيث ارتباطها بمقتضى العقد وصحتها إلى ثلاثة أقسام :

(القسم الأول) شروط تؤثر فى صحة العقد ، فتبطله ، لأنها تجعل الصيغة غير صالحة للإنشاء ، وهى الشروط التى تجعل صيغة عقد الزواج دالة بصريحها على توقيته بزمن ، وتنحصر فى اقتران اللفظ بذكر مدة معينة ، وهذا عند الحنفية ، وعلى ذلك إذا كان تقييد اللفظ ليس بمدة زمنية ، ولكن قد يؤدى

إليه ، كأن تقول له : تزوجتك على أن تطلقنى بعد شهر ، فإن هذا لايعتبر تقييداً بمدة عند أبى حنيفة وأصحابه (١) لأن الصيغة التى انعقد بها النكاح كانت خالية من التأقيت الصريح ، فلم تبطل دلالتها ، فاستمرت وبطل الشرط .

(والقسم الثانى) قسم يلغى فيه الشرط ، ويصحح النكاح ، وهو عند جمهور الفقهاء كل شرط لايكون من مقتضى العقد ، ولامؤكداً لمقتضاه ولم يقم دليل من الشارع على وجوب الوفاء به من نص أو أثر أو عرف مشهور فكل شرط لايكون كذلك ، ولايكون مؤقتاً للصيغة ، يكون لاغياً يبطل ، ولايؤثر فى صحة العقد .

هذا مسلك جمهور الفقهاء فى تعريف الشرط الفاسد الذى يلغى ، ولايؤثر فى العقد ، وأما أحمد بن حنبل فقد قال فى الشرط الذى يلغى ويصح معه العقد إنه الشرط الذى ورد فيه نهى الشارع ، أو ناقض مقتضى العقد الذى ورد به نص الشارع ، وقد ذكر من الشروط المنهى عنها أن تشترط المرأة عند الزواج طلاق ضرتها ، فإنه مخالف للنص لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عنه فيما رواه أبو هريرة إذ قال : « لاتسأل المرأة طلاق أختها لتكفأ مافى إنائها » (٢) .

ونرى من هذا أن نطاق بطلان الشروط أو إلغائها عند أحمد أضيق من الشروط الملغاة عند جمهور الفقهاء . فهو قد جعل البطلان فى حال النهى الصريح ، ومناقضة مقتضى العقد الذى ورد به النص ، أما الأئمة فقد جعلوا البطلان فى دائرة متسعة ، وهى مالإذا لم يقم دليل على إقرار الشرط من الشارع بأن يكون موافقا لمقتضى العقد ، ولو ثبت بالقياس ، أو يكون مؤكدا له ، أو ثبت دليل شرعى على صحة الشرط ، وما عدا ذلك يكون باطلا ، فصحة الشرط عندهم هى التى تحتاج إلى دليل يثبت الإلزام . أما أحمد فكل شرط صحيح لازم ، إلا إذا كان نص يثبت البطلان .

---

(١) قال أحمد بن حنبل : إن هذا الشرط يعتبر توقيتاً للنكاح ، فقد جاء فى المغنى . وهو يبين الشروط المبطلة : « ما يبطل النكاح من أصله مثل أن يشترطا تأقيت النكاح وهو نكاح المتعة . أو يطلقها فى وقت بعينه . فهذه شروط باطلة فى نفسها . ويبطل بها النكاح »

(٢) قال بعض الحنابلة أن ذلك الشرط صحيح ويجب الوفاء به ، وهو غير الراجح فى المذهب.

(القسم الثالث) الشروط الصحيحة ، وهى عند الجمهور الشروط التى تكون جزءاً من مقتضى العقد ، كاشتراط مسكن يليق بها وبه ، أو تكون مؤكدة لمقتضى العقد كاشتراط كفيل بالمهر ، أو يقوم الدليل على وجوب الوفاء به من نص أو عرف كاشتراط تعجيل جزء من المهر ، أما أحمد فرأى أن الشرط الصحيح الذى يجب الوفاء به هو الشرط الذى لم يقم دليل من النصوص على بطلانه ، ولم يناقض مقتضى العقد الثابت بالنصوص ، كاشتراط ألا يتوارثا مع اتحاد الدين ، ولم يتوارثا مع اختلافه ، فكل شرط لم يكن كذلك فهو صحيح .

وتحرير الخلاف بين الجمهور وأحمد فى الشروط المقترنة بالزواج أن أحمد يجعل الأصل الصحة ، حتى يقوم دليل من أثر نص قرآنى يثبت البطلان . والجمهور يقول : إن الأصل عدم الإلزام بالشرط حتى يوجد دليل شرعى من نص أوقياس أو عرف يثبت الإلزام ، فكأن موضع الخلاف الشروط التى ليس لها دليل خاص يثبت الصحة أو ينفيها ، فأحمد يجعلها صحيحة ، والجمهور من الفقهاء يجعلونها ملغاة .

احتج الجمهور لمذهبهم من أنه لايلزم الوفاء بشرط إلا إذا قام دليل عليه.

(أولا) بقوله صلى الله عليه وسلم : « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط » فكل شرط لايقوم دليل على صحته فهو باطل ملغى ، لأنه ليس فى كتاب الله .

(وثانياً) بقوله عليه الصلاة والسلام : « المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالا . ولو قلنا بالإلزام بالشرط من غير دليل خاص يثبته لكان الشرط محرماً للحلال ، إذ يمنع من حق كان للإنسان ، وجعل مالم يكن لازماً فى مرتبة الوجوب .

(وثالثاً) بأن آثار العقد من صنع الشارع صيانة لعقد الزواج عن الاضطراب ، ومنعاً للناس من أن يخضعوا الحياة الزوجية لأهوائهم فتخرج عن معناها وماحوطها به الشارع من تقديس .

واستدل لأحمد بن حنبل — أولا — بقوله صلى الله عليه وسلم : « إن أحق

الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج » فهذا الحديث وجب الوفاء بكل شرط يذكر في عقد الزواج ، ولو لم يكن له نص خاص ، أو دليل خاص ، لأن مالا دليل له من الشروط ، يكون هذا الحديث دليله بمقتضى عموم لفظه ، وشمول مايدل عليه ، وتأكيد طلب الوفاء به ، ولقد روى أن رجلا تزوج امرأة وشرط لها دارها ، أي لاتسكن إلا في دارها ، ثم بدا له بعد ذلك أن ينقلها إلى داره ، فتخاصما إلى عمر ، فقال عمر : « لها شرطها ، مقاطع الحقوق عند الشروط » .

وثانياً — بأن الشروط فيها منفعة مقصودة لمشترطها ، وكان رضاه بالعقد على أساسها ، وهي لاتمنع تحقق مقاصد النكاح التي قام الدليل الشرعي على طلبها فكان لابد من الوفاء بها إجابة للأمر العام الذي تضافرت النصوص عليه ، وهو وجوب الوفاء بالعقود والعهود ، وإن حصل خلل في الوفاء ، فقد حصل خلل في الرضا الذي كان قوام العقد ، فكان حقاً أن ينظر في رضا المشترط من جديد أيرضى بالعقد مع تخلف الشرط أم لا يرضى فيفسخ العقد .

وإن أحمد بن حنبل إذ أوجب الوفاء بكل شرط لم يقم دليل على نقيضه يجعل العقد غير لازم عند تخلفه بالنسبة لمن اشترط الشرط لنفسه ، فإنه يكون له حق الفسخ إذا لم يكن وفاء بالشرط ، ولم يمكن حمل المخالف على الوفاء ، إذا اشترطت ألا يتزوج عليها ، ثم تزوج فإن العقد الثاني يصح ، ولكن يكون للزوجة الأولى حق الفسخ ، أما إذا كان الشرط يمكن حمل المخالف عليه قضاء كأن تشترط ألا تخرج من بيتها ، فلها ألا تنتقل إلى منزله ، وتستحق كل حقوقها في العقد مع امتناعها عن الانتقال ، لأن امتناعها بحق شرعي لها .

١٢٩ — هذه آراء الفقهاء في تأثر مقتضى العقد بإرادة العاقدين ، وهذه أدلة المختلفين ، وقبل أن نترك ذلك الموضع نشير إلى ثلاث مسائل :

أولاها : أن مالكا رضي الله عنه يرى كسائر الأئمة أن الشرط الذي لا دليل عليه وليس جزءاً من مقتضى العقد ولا يؤكده لا يجب الوفاء به ،

ولكنه يرى أنه يستحب الوفاء (١) ، فهو يرى أن الوفاء غير لازم ، ولكنه مندوب ، ويرى مع ذلك أن الاشتراط معيب ، وأن على مريد الزواج أن يحسن الاختيار فيستغنى عن الاشتراط .

الثانية : أنه قد اقترح الأخذ بمذهب أحمد بن حنبل فى مشروع سنة ١٩٢٦ فقد جاء فى المادة التاسعة منه مانصه :

« إذا اشترطت الزوجة فى عقد الزواج شرطاً فيه منفعة لها ، ولاينافى مقاصد النكاح ، كألا يتزوج عليها ، أو أن يطلق ضرتها ، أو ألا ينقلها إلى بلد آخر صح الشرط ولزم ، وكان لها حق فسخ الزواج ، إذا لم يف لها بالشرط ، ولايسقط حقها فى الفسخ ، إلا إذا أسقطته ، أو رضيت بمخالفة الشرط » .

وقد ذكرت المذكرة التفسيرية أنها أخذت ذلك من مذهب أحمد بن حنبل وقصرت ماأخذت على المرأة دون الرجل ، لأنه يملك التخلص من عقد النكاح متى أراد .

ولكن نص المادة والمذكرة يصرح بأن شرط تطليق الضرة يجب الوفاء به ، وإلا يكن لها حق فسخ النكاح ، وذلك ليس هو الراجح فى المذهب الحنبلى ، إنما هو رأى أبى الخطاب من فقهاء الحنابلة ، وهو مخالف لحديث أبى هريرة « لاتسأل المرأة طلاق أختها ، لتكفأ مافى إنائها » وكان غريباً أن تختار الرأى غير الصحيح المنافى للحديث ، وفيه ظلم شديد للضرة ، وسير وراء الهوى الجامح .

الثالثة : أننا نرى أن الأولى والصالح أن تبقى الشروط فى الزواج خاضعة لمذهب أبى حنيفة ، إذ هو مذهب جمهور الفقهاء ، ولو أننا أخذنا بمذهب

---

(١) راجع المقدمات الممهدات لابن رشد ص ٥٩ و ٦٠ ، وقد جاء فيها أن مالكاً رضى الله عنه كان ينهى الناس عن الاشتراط فى العقود ، إذ جاء فيها ما نصه : « قد قال مالك رحمه الله : أشرت على قاض أن ينهى الناس أن يتزوجوا على الشروط ، وأن يتزوجوا على دين الرجل وأمانته ، وقد كتبت بذلك كتاباً ، وصيح به فى الأسواق » .

أحمد فى الشروط المقترحة بالزواج لكانت آثار عقد الزواج متأثرة بإرادة العاقدين ، ويذهب عن الحياة الزوجية مايحاط بها من قدسية ويقارب الزواج الإسلامى من الزواج المدنى الذى يعقد فى المدن اللاهية فى أوربا وأمريكا يعقد لرغبة عارضة ، ويفسخ لمثلها ، ولأننا لو جعلنا باب الشروط مفتوحاً والوفاء بها لازماً لاضطربت الحياة الزوجية أيما اضطراب ، ولنضرب لذلك مثلا ، شرطاً نص عليه فى المادة السابقة متى نقلناها عن المشروع ، وهو ألا ينقلها من بلدها . فإذا كانت مثلا فى القاهرة لاينقلها إلى طنطا أو أسيوط ، أو أسوان ، فإذا اضطره عمله إلى الإقامة فى أسوان فإنه لايسوغ له أن ينقل زوجه وولده إليها . وتستمر العشرة الزوجية على هذا النظام هى فى الشمال ، وهو فى الجنوب ، لايتلاقيان إلى بشق الأنفس ، فأى زواج هذا ؟ ! وأى بيت يتكون من هذين العشرين ؟ أو كيف تكون رعاية الأولاد بين هذين الأليفين المتباعدين ؟ ! إن ذلك أمر قد اختاره وارتضاه واضعو ذلك المشروع .

ولقد أحسن أولياء الأمر فى مصر ، إذ رفضوا الأخذ به على الوضع الذى كان مقترحا ، وعلى ذلك نقرر أن آثار عقد الزواج فى مصر كلها من عمل الشارع ، ولاأثر لما يشترطه الزوجان إلا إذا قام دليل من الشارع على وجوب الوفاء به ، ولكن يلاحظ أن النقد الموجه لمذهب ابن حنبل إنما هو فى استعمال الشروط بعد الدخول ، أما إذا كان الفسخ قبل الدخول فالأخذ بهذا المذهب فيه فائدة ، ولذا جاء فى المشروع الذى أعده المكتب الفنى لرياسة الجمهورية — سنة ١٩٥٦ اقتراح للعمل بمذهب أحمد قبل الدخول بالنسبة للزوجة ، فقد جاء فى المادة ٢٤ : يعتبر كل شرط متصل بمهنة الرجل أو حالته المالية أو حال أسرته ويكون القبول قد تم على أساسه ، فإذا تبين خلافه كان للمرأة طلب الفسخ قبل الدخول :

وفى المادة ٢٥ يعتبر الفسخ بمقتضى المادة السابقة نقضاً للعقد من أساسه ويعود للمرأة ماعساه أن يكون لها من حقوق سقطت بالزواج .

وفى المادة ٢٦ : إذا تم الفسخ وفقاً للمادة ٢٥ ـ فللزوج أن يسترد ماأداه من مهر إذا لم يكن قد اختلى بالزوجة خلوة صحيحة ٥

حقوق الزوجين

١٣٠ — يرتب الشارع الإسلامى بمقتضى عقد الزواج حقوقاً للزوجين مشتركة ، وحقوقاً للزوج على زوجته ، وحقوقاً للزوجة على زوجها .

فأما الحقوق المشتركة بينهما ، فالحق الأصل فيها حل العشرة الزوجية بينهما ، وحل مايقتضيه الطبع الإنسانى مما هو محرم إلا بالزواج ، لقوله تعالى « والذين هم لفروجهم حافظون ، إلا على أزواجهم ، أو ما ملكت أيمانهم ، فإنهم غير ملومين » (١) وفى الجملة أول مايفيده الزواج هو حل المساكنة بين الزوجين ، وربط المودة بينهما .

هذا هو الحق الأصلى المشترك ، وتبع ذلك حقان آخران مشتركان بينهما هما حرمة المصاهرة ، والتوارث بين الزوجين ، فإن العشرة لما حلت بين الزوجين ربطت بينهما لحمة تشبه لحمة النسب أو أقوى ، ثم ربطت بين أسرتيهما برباط من المصاهرة ، فصارتا كأنهما أسرة واحدة . ولذلك ثبتت بينهما حرمة المصاهرة . ثم ثبت التوارث بسبب أن حل العشرة أوجد الصلة بين الزوجين بما هو مثل القرابة ، وإذا كانت القرابة تثبت الميراث ، فالزوجية أيضا تثبت الميراث بين الزوجين ، تلك هى شريعة اللطيف الخبير .

١٣١ — وحقوق الزوج على زوجته هى ، أولا — حق الطاعة فى كل ماهو من آثار الزواج ، ومايكون حكما من أحكامه .

وقد جعل الشارع للرجل حق تأديب المرأة بالمعروف واللائق بمكانهما وذلك لأن طبيعة كل اجتماع تجعل لواحد منه درجة أعلى من غيره ، وتجعل له سلطاناً فى الإصلاح والتهذيب ، وقد كانت هذه الدرجة للرجل ، ولذلك قال الله تعالى . « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف ، وللرجال عليهن درجة » (٢) »

وجعلت هذه الدرجة للرجل ، لأنه أقدر على فهم الحياة ، ومايجب لها

---

(١) سورة المؤمنون الآية ٧

(٢) سورة البقرة الآية ٢٢٨ .

بحكم اختلاطه فى المجتمع العام . ولأنه أقدر على ضبط عواطفه ، وتغليب حكم عقله . ولأنه يشعر بالمضرة المالية وغيرها ، إن فسدت الحياة الزوجية ، أو انقطعت . وكل الشرائع سواء أكانت مدنية أو دينية تجعل للرجال درجة على النساء . ولذلك قال الله تعالى : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض . وبما أنفقوا من أموالهم » (١) .

والتأديب له حد أدنى . وهو الوعظ . والإرشاد ، وحد أعلى ، وهو الضرب غير المبرح ، وغير الشائن الذى يوجد جفوة وإيحاشاً ، وهذا الحق حده الله بقوله تعالى : « واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن ، واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ، إن الله كان علياً كبيراً » (٢) .

هذه الطرق الثلاث . هى لكل النساء وليست كل امرأة تكون لها كل هذه الطرق ، فمن النساء من تكفيها الإشارة تأديباً ، والإعراض اليسير هجراً ، ومنهن من لايجدى معهن إلا الضرب . وذلك واقع فى كل زمان ، وهو مظهر ولاية التأديب ، ولكن الإسلام منع الضرب إذا كان مبرحاً أو شائناً كالضرب بالنعل مثلا ، أو على الوجه ، كما منع ضرب الوجه .

والجائز من الهجر هو الهجر الجميل . وهو الهجر من غير جفوة موحشة ، وهو المنصوص عليه فى قوله تعالى : « واهجرهم هجراً جميلا » (٣) .

والوعظ طبقات أخفها التنبيه الدينى . أو الخلقى من غير تنقص ، وأعلاها اللوم . والتنبيه إلى العيوب ونتائجها ، ولكل حال نوع من القول ، وطريق فى الخطاب . والعاقل من عرف لكل أمر علاجه ، ولكل داء دواءه .

وفى مذهب مالك أن الرجل إذا نشز وأساء معاملة زوجه رفعت الأمر إلى القاضى ، والقاضى يعظه أولا ، فإن لم يجد الوعظ حكم لها بالنفقة ، ولايحكم له بالطاعة مدة . وهذا فى مقابل الهجر ، فإن لم يجد هذا عاقبه بالضرب ، هذا فى مقابل ماله عليها من حقوق .

---

(١) سورة النساء الآية ٣٤ . (٢) سورة النساء الآية ٣٤
(٣) سورة المزمل الآيه ١٠ .

والقرار فى بيت الزوجية من حقوق الزوج على زوجته ، لأنها القائمة بشئونه ، المحافظة على مافيه ، والتوزيع الطبيعى فى الوجود يقضى أن يكون عمل الرجل فى الخارج ، وعمل المرأة فى الداخل ، وكل من قال غير ذلك ، فقد خالف الفطرة ، وطبيعة الوجود الإنسانى ، ولذلك قال الله تعالى فى حق المعتدات : « ولاتخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة (١) » ، وإذا كان خروج المعتدات فاحشة مبينة ، فأولى بذلك خروج المتزوجات .

والقرار فى البيت حق للزوجة إذا كان قدم لها معجل صداقها ، ولم يكن خروجها لصلة ذى رحم محرم منها ، وعلى هذا لاتخرج إلا بإذنه إذا كان قد قدم مايجب عليه .

أما إذا كانت تريد زيارة ذى رحم محرم منها ، فإن كان أحد أبويها ، فلها زيارته ، ولو لم يأذن زوجها — كل أسبوع ، أو يكون أحدهما فى حال مرض فلها أن تعوده من غير قيد ، لأن ذلك صلة للرحم ، ومنعها قطع للرحم ولاطاعة لمخلوق فى معصية الخالق ، وإن كان غير أبويها فلها أن تزورهم كل سنة مرة ، وقيل كل شهر ، وروى عن أبى يوسف أن لها أن تخرج لزيارة أبويها ومحارمها فى المواعيد السابقة بغير إذن زوجها إذا كانوا يعجزون هم عن زيارتها ، أو يشق عليهم ، أما إذا كانوا لايعجزون فليس لها أن تخرج لزيارتهم إلا بإذن زوجها ، والمشهور هو الرواية الأولى وهى عدم الحاجة إلى الإذن فى الحدود السابقة .

وليس لها أن تبيت عند أحد إلا بإذن زوجها ، وإذا كان أحد أبويها مريضاً ، ولم يجد من يتعهده سواها ، فلها أن تتعهده ، وتقيم عنده بقدر حاجته من التعهد ، من غير أن تكون عاصية أو آثمة ، سواء أكان أبوها مسلماً ، أم كان غير مسلم ، لأن الإحسان إلى الأبوين ، لايشترط فى وجوبه الإسلام .

وليس لها أن تدخل أحداً فى بيته بغير إذنه ، إلا أن يكون ذا رحم محرم فى الأوقات السابقة ، أى يزورها أبواها كل أسبوع ، وسائر محارمها كل سنة على الراجح .

---

(١) سورة الطلاق الآيه ١

ومما جعله الشارع أثراً للزواج وحقاً للزوج ثبوت نسب الولد من الزوج إن أتت به على فراش الزوجية الصحيحة على تفصيل وقيود سنبينها فى موضعها ، وذلك لأن الزواج يوجب ثبوت النسب مالم يقم أمر قطعى ينفى الثبوت . ولذلك يقول النبى صلى الله عليه وسلم ، « الولد للفراش ، وللعاهر الحجر » . والحنفية على أن السبب فى ثبوت النسب هو نفس العقد من غير اشتراط الدخول ، أو إمكان الدخول ، لأن العقد هو « الأمر الظاهر الذى تتعلق به الأحكام ، ولأن الحديث قد جعل فراش الزوجية هو السبب فى ثبوت النسب ، من غير أن يشترط شرطاً آخر » وقال بعض الفقهاء : إن السبب الموجب لثبوت النسب هو العقد مع إمكان الدخول ، وذلك مااختاره القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على ماسنبين إن شاء الله تعالى .

١٣٢ — وللزوج على زوجته حق رابع ذكرته السنة النبوية ، ولم يذكره فقهاء الحنفية ، وهو القيام على شئون البيت ورعايته ، والعمل فى البيت من كنس (١) ، وتنظيف بما يليق به حال زوجها من يسر أو عسر ، وهو حق جرى العرف به فى كل العصور ، وجاء به الهدى النبوى الكريم.

ولهذا قالت طائفة من فقهاء السلف : إن عليها خدمة البيت والأولاد ، وبه قال أبو ثورمن أصحاب الشافعى ، ولكن قال أبو حنيفة ومالك والشافعى إن عقد الزواج للعشرة الزوجية لا للاستخدام وبذل المنافع . فليس من مقتضاه خدمة البيت والقيام بشئونه . وإن إعداد البيت واجب على الزوج . وحق للمرأة . ولذلك قال تعالى : «أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم»(٢) إلا إذا كانت من بيئة يقوم نساؤهم بذلك .

وليس فى أدلة الشرع ما يلزم المرأة بخدمة زوجها وأولادها وبيتها .

أما غير هؤلاء من الأئمة فقد قالوا : إن الخدمة واجبة عليها فى الدائرة

---

(١) قد اتفقوا على أنها إن كانت قادرة على الطهى والخبز وكانت من بيئة يقوم نساؤها بذلك وجب عليها هذا وأجبرت عليه . وإن كانت عاجزة أو من بيئة لايقوم نساؤها بذلك ، فإنه لا يجب . وبعض الفقهاء قال: الوجوب فى حال القدرة وجوب ديانة لا قضاء .

(٢) سورة الطلاق الآية ٦ .

التي تحددها حال الزوج المالية ومرتبته الاجتماعية التي تعلو بها زوجته . فإن كان ذا مال يخدم بالخدم والحشم ، ويكون عليها الإشراف لا الخدمة ، وإلا فعليها الخدمة .

وذلك لما ورد من الآثار الصحاح التي تثبت أن نساء النبي صلى الله عليه وسلم كن يقمن بخدمة البيت ، ونساء الصحابة كن كذلك .

ولقد قالت أسماء بنت أبي بكر الصديق خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم وزوج الزبير بن العوام « كنت أخدم الزبير خدمة البيت كله ، وكانت له فرس فكنت أسوسها ، وكنت أحش لها ، وأقوم عليها » .

ولقد ذهبت السيدة فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم وسيدة نساء العالمين إلى أبيها تشكو إليه ماتلقى في يديها من الرحى .

والعرف جار بأن خدمة البيت بما يليق بمثل زواجها واجبة عليها .

وإن الرجل الذى لاخادم له إن جعلنا خدمة البيت ليست عليها تكون عليه ، فيقوم بالخدمة فى البيت والعمل فى الخارج . وذلك ليس من العدل فى شيء . وأن الله سبحانه وتعالى جعل للرجال على النساء درجة . فقال تعالى : « وللرجال عليهن درجة » (١) . وهذه الدرجة تقتضى أن تكون خدمة البيت ، فوق مابيناه من أثر ، وعرف ، وعدل .

ولهذا نرى أنه ليس من الشرع الإسلامى فى شيء من يقول : إن المرأة ليست عليها خدمة بيتها أو القيام على شئونه وطهى طعامها . وهو بعيد عن الإسلام بعده عن المألوف المعروف .

١٣٣ — حقوق الزوجة على زوجها : للزوجة على زوجها حقوق ، أولها — العدل ، لأن إذا كان الرجل هو صاحب الكلمة العليا فى البيت وله إرادة نافذة فيه ، فهو المسئول أولا عن إقامة العدل ، وخصوصاً أن له الطاعة والتأديب ، والمنع من الخروج ، والعدل المطلوب هو الذى تطيب به النفس ويرتاح إليه القلب ، وتصان معه الحقوق .

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٢٨ .

ويكون العدل من المتزوج بواحدة أن يعاملها بما يحب أن تعامله به ، بحيث لو فعلت به مثل الذى يفعل بها لقبله منها . وليتذكر قوله تعالى : « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف . وللرجال عليهن درجة » (١) وإن تلك الدرجة قد حدها الشارع بالطاعة والتأديب غير الجافى والقرار فى بيته ، ولقد قال تعالى : « وعاشروهن بالمعروف » وفسر بعض العلماء المعاشرة بالمعروف بأن يعاملها بما يحب أن تعامله به . ولقد قال النبى صلى الله عليه وسلم : « خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلى » .

أما إذا كان متزوجاً أكثر من واحدة فالعدل تتشعب نواحيه . إذ يصبح مطالباً بالعدل معهن جميعاً . فلا يظلمهن . بل يعاملهن بما يحب أن يعاملنه به ويكون مطالباً بالعدل بينهن . فلا تنقص واحدة فى المعاملة عن الأخرى ، بل عليه المساواة فى المعاملة الظاهرة بينهن وذلك شرط لحل التعدد ديناً . فقد قال تعالى « فإن خفتم ألا تعدلو فواحدة » (٢) .

والعدل الظاهر هو المطلوب . أما المساواة فى المحبة القلبية . فليست بمطلوبة . لذلك كان النبى صلى الله عليه وسلم يقسم بين زوجاته ، ثم يقول : « اللهم إن هذا قسمى فيما أملك فلا تؤاخذنى فيما تملك ولا أملك » .

والعدل الظاهر هو : أولا — القسم فى البياتات ، بأن يبيت عند الواحدة بمقدار المدة التى يبيتها عند الأخرى . ولافرق فى ذلك بين البكر والثيب ، والقديمة والحديدة ، والعجوز والشابة ، والمسلمة والكتابية ، وهذا عند أبى حنيفة وأصحابه ، وذلك لأن السبب الذى يربطه بكل واحدة منهن هو الزوجية وهى قدر مشترك عند هؤلاء جميعاً ، وإذا اتحد سبب العلاقة الشرعية ، وجبت المساواة فيها .

والقسم مطلوب فى الصحة والمرض على السواء . لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقسم بين أزواجه وهو مريض ، حتى أذن له فى القرار فى بيت السيدة عائشة رضى الله عنها ، ولولا أن القسم حقهن فى المرض ما كان عليه السلام فى حاجة إلى إذنهن ، ليقر فى بيت السيدة عائشة رضى الله تعالى عنها .

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٢٨ . (٢) سورة النساء الآية ٣ .

ولايسقط القسم إلا فى السفر ، فإن له فى سفره أن يصطحب أى واحدة أراد ، وإن قدم من السفر فليس عليه أن يقيم عند الأخريات بمقدار المدة التى صاحبته هذه فيها ، ولكن الأفضل أن يختار عند السفر واحدة منهن بالقرعة ، لتطيب نفس الأخرى ، ولاتحس بمرارة التفضيل ، وزيادة المحبة لضرتها .

ولصاحبة الحق فى القسم أن تنزل عنه للأخرى ، لأن القسم حقهما ، ومادام خالصاً لها فلها إسقاطه ،ولقد روى أن السيدة سودة زوجة زوج النبى ﷺ نزلت عن حقها فى القسم للسيدة عائشة رضى الله تعالى عنهما .

وثانى الأمرين اللذين يتكون منهما العدل الظاهر بين الأزواج هو المساواة فى النفقة بشعبها الثلاث ، وهى الطعام ، والسكن ، والكسوة ، وذلك لأنه على حسب المعمول به الآن وهو قول جمهور الفقهاء أن النفقة تقدر على حسب حال الزوج ، وذلك يجب أن يسوى بين أزواجه فى النفقة ، لأن أساس التقدير وهو حاله من يسر أو عسر واحد بالنسبة لجميعهن فتجب لهن بقدر واحدة ، فتسوى فيها الغنية والفقيرة وابنة الأمير وابنة الخفير .

هذا هو الحق الأول من حقوق الزوجة . وثانيها المهر . وثالثها النفقة ، ولما كان هذان الحقان لها أحكام تفصيلية ،وهى مطبقة فى دور القضاء الشرعى كان لابد من بيانهما بالتفصيل ، وإفراد باب قائم بذاته لكل واحد منهما .

المهـــــــر

١٣٤ — المهر حق من حقوق الزوجة على زوجها ، وهو حكم من أحكام عقد الزواج ، أى أثر من آثاره ، وليس شرط صحة ، ولذا ينعقد الزواج من غير ذكر المهر ، بل ينعقد الزواج ويلزم المهر ، ولو اتفق الزوجان على أن لامهر .

وشرع على أنه هدية لازمة وعطاء مقرر وليس عوضاً كما فهم بعض الناس ، ولذلك قال كمال الدين بن الهمام : « إنه شرع إبانة لشرط عقد الزواج .. إذ لم يشرع بدلا ، كالثمن والأجرة وإلا وجب تقديم تسميته ، ولقد سماه القرآن الكريم صدقة ونحلة فقد قال الله تعالى : « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » (أى عطاء) .

وهذا التعبير يدل على أن المهر شرع ليكون هدية من الزوج لزوجته ، ولكنها هدية لازمة لزوماً متراخياً من غير وكس ولاشطط ، ومن غير عنت ولا إجهاد .

فالمهر على ذلك هدية لتقريب القلوب . ولذا منع النبي صلى الله عليه وسلم على بن أبي طالب من الدخول على زوجتة فاطمة بنته عليه الصلاة والسلام ، حتى يعطيها شيئاً من المهر .

ولكن لماذا كان المهر أو تلك الهدية على الزوج دون الزوجة ؟ الجواب عن ذلك . أن النظام الطبعى فى الوجود جعل الرجل يعمل لكسب المال . والمرأة تقوم على شئون البيت . فكانت التكليفات المالية كلها عليه ، وكان من المناسب أن تكون عليه هدايا الزواج المالية أيضاً ، فهو يقدم هذا المال ليكون أمارة المودة ، وهو من قبيل البر وإظهار الإخلاص .

وإن المرأة إذ تنتقل من بيت أبيها إلى بيت زوجها تستقبل حياة جديدة ، وهى تحتاج فى سبيلها إلى ثياب وزينة وعطر يليق بحالها ، فكان من اللازم أن يقدم لها الزوج بعض مايعينها على ذلك ، لهذا أوجب الله لها المهر ، ووجب فى العرف تقديم بعضه على الزفاف .

وقد جرى عرف الناس على أن المرأة هى التى تعد أثاث البيت ، وما يحتاج إليه من فراش ، فكان من الواجب أن يعاونها الزوج على ذلك ببعض المال يقدم ، فكان هو المهر . أو بعبارة أدق ، معجله .

هذا . وفى وجوب المهر فوائد أخرى كثيرة (١) يخالجنا بيانها عن مقصد نا .

---

(١) قال صاحب البدائع فى فوائد المهر ما نصه : « إن ملك النكاح لم يشرع لعينه ، بل لمقاصد أخرى لا حصول لها إلا بالدوام على النكاح ، والقرار عليه لا يدوم إلا بوجوب المهر بنفس العقد ، لما يجرى بين الزوجين من الأسباب التى قد تحمل الزوج على الطلاق — من الوحشة والخشونة ، فلو لم يجب المهر بنفس العقد لا يبالى الزوج عن إزالة الملك لأدنى خشونة تحدث بينهما ، ولا يشق عليه إزالته ، ولأن مصالح النكاح ومقاصده لا تحصل إلا بالموافقة ، ولا يحصل الموافقة إلا إذا كانت المرأة عزيزة مكرمة عند الزوج ، ولا عزة إلا بانسداد طريق الوصول إليها إلا بمال له خطر عنده ، لأن ما ضاق طريق إصابته يعز فى الأعين . وما تيسر طريق إصابته يهون فى الأعين ، ومتى هانت فى عين الزوج تلحقها الوحشة ، فلا تحصل مقاصد النكاح » .

١٣٥ - المهر حكم من أحكام العقد الصحيح . وقد تقرر أن العقد الفاسد لايترتب عليه أى حكم من أحكام النكاح . لأن الشرع لايقر بوجوده، ولكن قد يصحبه دخول . وتكون ثمة شبهة تسقط الحد فيكون المهر . لأنه حيثما سقط الحد وجد المهر على ماهو مقرر فى الفقه الإسلامى عامة فيكون المهر بسبب الدخول بشبهة ، لابسبب العقد ذاته . وقالوا : إن الدخول فى العقد الفاسد هو الذى يوجب المهر . والعقد لايوجبه .

أما الزواج الصحيح . فالعقد هو الذى يوجبه . ويجب حكما من أحكامه ، ولايجب شرطاً من شروطه . فهنا قضيتان إحداهما وجوب المهر ، والثانية وجوبه على أنه أثر لاشرط ، لذلك وجب أن نثبت القضيتين من النصوص الإسلامية .

أما القضية الأولى : فقد تثبت بالقرآن الكريم ، فقد قال تعالى : « وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » وقال تعالى : « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » فدلت هاتان الآيتان على أن المهر واجب بإيجاب الشارع .

أما القضية الثانية : وهى أن المهر ليس شرط صحة ، فقد ثبتت بالقرآن والسنة . أما القرآن فقوله تعالى « لاجناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره ، متاعا بالمعروف حقاً على المحسنين » ، فدلت هذه الآية على أنه لاوزر إن كان طلاق قبل الدخول فى عقد لم يسم فيه مهر ، ولاطلاق إذا لم يكن عقد صحيح فكان هذا دليلا على أن العقد ينعقد صحيحاً إذا لم يسم مهر فيه ،ولو كان المهر شرطاً للصحة ماصح عقد الزواج من غير تسمية مهر .

أما السنة فما روى أن سائلا سأل عبدالله بن مسعود عن امرأة مات عنها زوجها ، ولم يكن قد فرض لها شيئا، فجعل يردده شهراً ، ثم قال : أقول فيه برأيى ، فإن يك صواباً فمن الله ورسوله ، وإن يك خطأً فمن ابن أم عبد ، وفى رواية فنى ومن الشيطان ، والله ورسوله بريئان ، أرى لها مهر مثلها لاوكس ولاشطط ،فقام رجلان، وقالا : نشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى امرأة يقال لها بروع بنت واشق بمثل قضيتك هذه ، فسر ابن مسعود

رضى الله عنه سروراً لم يسر قط مثله ، بعد إسلامه ، لما وافق قضاؤه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وهذا الحديث يدل على أن الزواج من غير ذكر مهر صحيح ، وأن المهر ليس شرطاً للصحة ، وأن الواجب عند عدم تسمية مهر ، هو مهر مثلها .

١٣٦ — وإذا كان المهر أثراً من آثار العقد فى الزواج الصحيح فهو حق للمرأة ، ولها أن تسقطه ، وتبرىء زوجها منه إن كان ديناً لم تقبضه ، ولها أن تهبه له إن قبضته لو كان عيناً ، مادامت من أهل التبرع ، واستوفى الإبراء أو الهبة شروطهما المقررة لها شرعاً .

ولكن عند تسمية المهر فى إنشاء العقد لايكون حقها لها وحدها ، بل لابد من ملاحظة حقين آخرين .

(أحدهما) أن الأولياء العصبة لهم أن يعترضوا إذا سمى ماهو أقل من مهر المثل عند أبى حنيفة ، وأن النكاح يفسخ باعتراضهم ، أو يزاد المهر المسمى إلى مهر المثل ، كما بينا فى موضعه .

(ثانيهما) أن كثيرين من الفقهاء جعلوا للمهر حداً أدنى لاينقص عنه ، ولايسمى مادونه ، لورود آثار تثبت الحد الأدنى ، ولأن مشروعية المهر فى عقد النكاح لشرف العقد ، ولمعاونة المرأة ، فيجب أن يكون بقدر لاينزل بشرف العقد ، ويكون فيه معاونة ، فتعين أن يكون له حد أدنى .

وقد اختلف الذين جعلوا للمهر حداً أدنى فى مقداره ، ورأى الحنفية المعمول بمذهبهم فى مصر أنه عشرة دراهم (١) ، وحجتهم فى ذلك ماروى عن

---

(١) عشرة الدراهم المذكورة هى التى كانت فى الزمن السابق يقدر وزنها بوزن سبعة دنانير ، وذلك لأن الدراهم التى كانت مستعملة فى عصر عمر رضى الله عنه كانت ثلاثة أنواع : منها ماكان وزن العشرة عشرة مثاقيل ، ومنها ماكان العشرة ستة مثاقيل ، ومنها ماكان وزن العشرة خمسة ، فاختلف عمال بيت المال مع دافعى الزكاة والخراج ، فجمع عمر رضى الله عنه الأنواع الثلاثة ، وأخذ ثلثها ، فصار المعتبر من ذلك الوقت أن وزن عشرة دراهم سبعة مثاقيل هى كل المقدرات الشرعية ، والمثقال أو الدينار هو العملة التى لا يختلف وزنها ، وهو من الذهب ، ووزنه أكثر من نصف الجنيه بقليل جداً ، أما الدراهم فن الفضة ، وعشرة الدراهم تساوى بالعملة المصرية فى الأوقات التى لا تضخم فيها خمسة وعشرين قرشاً ، وفى مثل الزمن الحاضر تساوى نحو خمسة وعشرين ومائة قرش ، والعبرة بالقيمة وقت العقد لا وقت التسليم ، وقد نص على هذا التقدير فى المشروع الذى قدم سنة ١٩٥٦ فى المادة ٥٧ .

عمر وعلى وعبدالله بن عمر أنهم قالوا : لايكون مهر أقل من عشرة دراهم ، وماكان لهؤلاء العلية من الصحابة أن يذكروا تقديراً معيناً لايعرف بالرأى إلا أن يكونوا قد سمعوه من رسول الله صلى الله عليه وسلم . فكان ذلك فى مرتبة الحديث الصحيح المسند إليه صلى الله عليه وسلم ، وقد ذكروا فى هذا خبراً آخر نسبوه إلى النبى صلى الله عليه وسلم وهو ماروى عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لامهر أقل من عشرة دراهم » ولكن رواية هذا الخبر فيها كلام يضعف الاستدلال به ، وفيما نقل عن الصحابة ما يكفى للإثبات .

١٣٧ — ومالك يرى أن أقل المهر ربع دينار ، أو مقدار ثلاثة دراهم ، لأن عبد الرحمن بن عوف تزوج على وزن نواة من ذهب ، وهو يساوى ربع دينار ، ولكن فى قوله : إن وزن النواة يساوى ربع دينار نظر ، إذ قدرت النواة ، بخمسة دراهم ، ويجوز أن يكون ماذكر هو المعجل ، وعلى فرض أنه المهر كله ، فهو حجة على أبى حنيفة فى تقديره ، وليس حجة على من لم يقدروا للمهر حداً أدنى ، وهناك تقديرات أخرى ، فقدر ابن شبرمة الحد الأدنى بخمسة دراهم ، وقدره سعيد بن جبير بخمسين درهماً ، وقدره النخعى بأربعين ، وكلها تقديرات بنيت على ورود آثار كان المهر هو هذا المقدار ، ولم تمنع منعاً قاطعاً ما دونه .

والشافعى ، ومعه بعض الفقهاء لم يعتبر للمهر حداً أدنى ، بل كل مايصدق عليه اسم المال يصلح أن يكون مهراً ، لقوله تعالى : « أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » فكل ما يسمى مالا ، قل أو كثر تصح تسميته مهراً ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « والتمس ولو خاتماً من حديد » والخاتم من حديد لايساوى عشرة دراهم ولاخمسة ولاثلاثة .

١٣٨ — وليس للمهر حد أعلى باتفاق الفقهاء . ولقد روى أن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه رأى من بعض الناس مغالاة فى المهور ، فأراد أن يجعل للمهور حداً أعلى لايتجاوزه أحد ، ليكون الزواج سهل المئونة ، فلما هم بأن يدعو الناس إلى ذلك خطأته امرأة ، وتلت قوله تعالى : « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج ، وآتيتم إحداهن قنطاراً ، فلا تأخذوا منه شيئا ،

أتأخذونه بهتاناً وإثما مبيناً » فسكت الفاروق أمير المؤمنين ، وقال : أخطأ عمر ، وأصابت امرأة . وروى أنه قال « خاصمت امرأة عمر فخصمته » .

وإن الإمام عمر ، إذا كان قد غلب فى هذه المخاصمة ، فإنه لم يكن الباعث الذى بعثه إلا مستمداً من روح الشريعة ، وهو تيسير الزواج الذى دعا إليه النبى ﷺ ، إذ قال ﷺ « إن أعظم النكاح بركة أيسره مئونة » وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال : « خير الصداق أيسره »

١٣٩ — والمهر إذا كان واجباً على أنه أثر من آثار العقد ، لا على أنه شرط من شروط الصحة لا يلزم تقديمه كله عند إنشاء العقد ، أو قبل الزفاف. بل يجوز أن يلزم بعضه ، ويؤخر بعضه إلى أجل معلوم كسنة أو شهر ، كما يجوز إلى أقرب الأجلين ، الطلاق ، أو الوفاة ، فإذا كان الطلاق البائن ، وجب المؤجل ، وإذا كان الموت ثبت المؤجل فى تركته ، إن كان المتوفى هو الزوج ، وإن كان المتوفى هو الزوجة كان لورثتها أن يطالبوا الزوج ، ويكون المهر جزءاً من تركتها يقسمونه فيما بينهم ، ويجوز ألا يقدم شىء من المهر قط ، ويتفق الزوجان على تأجيله كله إلى أجل معلوم ، أو إلى أقرب الأجلين الطلاق أو الوفاة (١) .

وإن سمى المهر ، ولم يذكر شىء خاص بتأجيله أو تعجيله قال أبوحنيفة وأصحابه : يتبع عرف البلد الذى كان فيه العقد لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً فإذا كان العرف تقديم الكل قدم ، وإن كان العرف تقديم النصف قدم ، وإن كان العرف تقديم الثلثين كان الواجب تقديمه قبل الدخول الثلثين ، وعرف بعض البلاد المصرية تقديم الثلثين ، وبعضها تقديم النصف »

---

(١) لقد جاء فى حاشية الزرقانى المالكى ما نصه « يكره التأجيل فى الصداق كله إلى أجل معلوم ولو إلى سنة ، لئلا يتذرع لنا إلى النكاح بغير صداق ، بأن يظهر هناك صداقاً ، ثم تسقطه المرأة ، ولمخالفته لأنكحة السلف » هذا ، ويلاحظ فى مذهب مالك أمران فى هذا المقام : (أحدهما) أن المهر إذا كان معيناً لا يصح تأجيله ، ولو اشترطا تأخير قبضه إلى ما بعد الدخول أثر ذلك فى صحة العقد ، وإذا كان غائباً غيبة قريبة يمكن إحضاره فى يومين أو ما دون تلك جاز تأجيله إلى هذه المدة استثناء بقربها ، وإن كانت الغيبة بعيدة لا يصح التأجيل (الأمر الثانى) أن الأجل فى غير المعين إذا كان مجهولا ، يفسد العقد ، ويكون من الواجب فسخ العقد قبل الدخول لا بعده .

وبعض الفقهاء يقول : إنه إذا لم ينص على مؤجل ومعجل كان الأصل هو التعجيل ، أى يجب تقديم المهر كله قبل الدخول ، لأن الأصل أن المهر يجب بتمام العقد ، لأنه حكم من أحكامه ؛ وعند الزواج لاتتراخى أحكامه عن أسبابه ، فكان الواجب تعجيله بمجرد تمام العقد ، ولكنه يؤخر بالشرط ولاشرط ، فيبقى الأصل .

المهـــــر الواجب

١٤٠ — يختلف المهر الواجب باختلاف التسمية وجودا وعدماً ، وباختلاف مقدارها ، فقد يكون الواجب هو المهر المسمى فى العقد ، وقد يكون الواجب هو عشرة دراهم ، وقد يكون الواجب هو مهر المثل ، وقد يكون الواجب الأقل من المسمى ، ومهر المثل .

وجوب المسمى : ويجب المسمى إذا كان فى العقد الصحيح أو بعده تسمية صحيحة معتبرة ، بأن يكون المسمى مالا متقوماً معلوماً علماً ليس فيه جهالة فاحشة ، ولم تكن القيمة أقل من عشرة دراهم عند الحنفية ، أو ما جعل حداً عند غيرهم ، ولايلزم أن يكون المسمى من النقود ، بل يصح من غير النقود من المثليات أو القيميات ، فيصح أن يكون المهر عقاراً ، لقصر أو ضيعة .

والجهالة اليسيرة فى التسمية تغتفر ، والجهالة الفاحشة لاتغتفر ، وحد ما بين الفاحشة واليسيرة هو الوصف ، فإذا كان الوصف غير معلوم ،ولكن الجنس والنوع معلومان فإن التسمية تصح كأن يكون المهر قطن جيزة ، ولم يذكر رتبته فيعتبر الوسط ، وتعد هذه جهالة يسيرة ، ولكن إن جعل المهر حيواناً ، ولم يبين ماهو ، فهو جهالة فاحشة فلا تصح التسمية ، لأنه لايعلم أى نوع من الحيوان يدفع ، وعند وجوب الوسط حال جهالة الوصف لايكون الوسط هو المتعين للدفع ، بل يخير الزوج بين أن يدفع الوسط أو قيمته ، ولو كان المسمى مثلياً ، كالقطن ، وذلك لأن الوسط لم يثبت فى الذمة حتى يجب مثله إذ الذى يثبت فى الذمة يجب أن يكون معروفاً بالجنس والنوع والوصف ، وهذا لم يعرف بالوصف ، فلم يثبت فى الذمة ، ولايمكن

أن يعين بذاته لأنه غير معين بالتعين ، بل هو معروف بتعريف ناقص ، وإذا كان الأمر كذلك فإنه يجب الوسط فى غير المعين أو قيمته .

والوسط لايعرف إلا بالقيمة ، إذ أنه عند تحرى معرفة الوسط تكون وسيلة التحرى هى القيمة ، فعند معرفة المهر الواجب فى هذه الجهالة تكون القيمة هى المقياس فتثبت هى فى الذمة ، فصار الوجوب يتنازعه أصلان ، القيمة باعتبارها المقياس لمعرفة الوسط ، والوسط باعتباره المذكور فى العقد فيجوز له أن يدفع أيهما شاء .

وإنما جازت التسمية مع الجهالة اليسيرة ، لأن المكارمة تجرى فى المهور فلا تؤدى هذه الجهالة إلى المشاحة كالبيع ، إذ الأمر فيه مبنى على المساومة ، وحيث كانت المساومة كانت المنازعة عند الجهالة ، ولأنه إن فسدت التسمية كان الواجب مهر المثل ، وهو أشد جهالة من هذا .

هذا مذهب أبى حنيفة ومالك وأحمد ، ومذهب الشافعى أن هذه الجهالة تجعل التسمية غير صحيحة .

١٤١ — ويصح أن تكون المنافع مهرا ، وتسميتها تكون تسمية صحيحة إذا لم تكن جهالة فاحشة ، فإذا كان المذكور منافع عين معينة مدة معلومة أو منافع معينة يقدمها الزوج لزوجته أو لذى رحم محرم منها ، ويتراضيان على أن تكون مهراً أو بعض المهر ، فإن التسمية تكون صحيحة ، ويكون الواجب من المهر هو المسمى .

ولكن اختلف فقهاء المذهب الحنفى فى صحة التسمية إذا كانت المنافع المسماة خدمة الزوج لزوجته مدة معلومة ، فقد قال الشيخان أبو حنيفة وأبو يوسف : التسمية فاسدة ويجب مهر المثل ، وقال محمد : التسمية صحيحة لكن يكون المهر هو قيمة هذه المنفعة المسماة لا ذاتها ، لأن التسمية صحيحة ومستوفية للشروط ، ولكن لا يمكن استيفاؤها ، لأنه يكون فى هذه الحالة عليه طاعتها ، والأصل أن طاعته واجبة عليها ، ولهذا التعذر وجبت قيمتها مع صحتها .

أما الشيخان فقالا : أنه مادام قد تعذر الاستيفاء ، لأن فيه قلباً للأوضاع الشرعية ، كانت التسمية باطلة ، كتسمية غير مقدور التسليم ؟

ويلاحظ أن موضع الخلاف يقيناً هو فيما إذا كانت المنافع المسماة هي خدمة الزوج البيتية لها ، أما غيرها كزراعة أرضها أو بناء دارها ، أو رعي أغنامها فقد اختلفت فيه الرواية ، قيل : إنه لايجرى فيه الخلاف ، واختلف الترجيح .

ويلاحظ أن المنفعة التي تصح تسميتها يجب أن تكون معلومة علما ليس فيه جهالة فاحشة كما بينا ، ويجب أن تكون مباحة شرعاً ؛ فإن كانت غير مباحة شرعاً ، كبعض أنواع اللهو ، فإن التسمية تكون باطلة ويجب مهر المثل .

١٤٢ — وقد تكون التسمية مكونة من المال والمنفعة فيسمى في العقد مالا مع شرط منفعة معلومة لها ، أو لذى رحم محرم منها ، وفي هذه الحال يكون عليه الوفاء بالمنفعة المشروطة مع المال المسمى ، سواء أكانت هذه المنفعة مما يقوم بالعقد ، كسكنى دار ونحوها ، أو لاتقوم بعقد ، كأن تشترط أن يطلق ضرتها (١) وذلك بلاريب منفعة لها مع ملاحظة شرط أن تكون المنفعة مباحة كما بينا ، وإذا كانت المنفعة لغير ذى رحم محرم ، فان اشتراطها يكون لغواً ، ويكون المعتبر هو المسمى فقط ، لأن ذلك يكون شرطاً فاسداً ، فيصح العقد والتسمية ، ويلغو ذلك الشرط ، بخلاف ذي الرحم المحرم ، إذ أن منفعته منفعتها ، فان اشترطت له ، فكأنما اشترطت لها ، فلازيادة على مقتضى العقد إذ ذاك جزء المهر .

وإذا وفى بالمنفعة المذكورة مع المسمى وجب المسمى ، وإن لم يف بها وجب مهر المثل ، بشرط ألا يقل عن المسمى ، أما وجوب مهر المثل ،

(١) الفقهاء يعتبرون الطلاق مباحاً قضاء ، وإن كان يأثم فيما بينه وبين الله إن طلق من غير حاجة إلى الطلاق ، وقد جاء بعض تفريعات لفظية في اشتراط تطليق الضرة ، فإنهم يفرقون في اشتراط تطليق الضرة بين التعبير بالمضارع ، والتعبير بالمصدر ؛ فإنه إذا قال لمن يتزوجها عند إنشاء الزواج ، تزوجتك على مائة جنيه بشرط طلاق الضرة ، يقع الطلاق بمجرد عقد الزواج ، ويكون رجعياً إذا كان بعد الدخول ، لأنه ذلك يعتبر تعليقاً للطلاق على الزواج ، فالطلاق يقع بوقوع المعلق عليه ؛ وهو طلاق ليس في مقابل مال ، أما إذا كان التعبير بلفظ المضارع كأن يقول : تزوجتك على مائة بشرط أن أطلق الضرة ، فالطلاق لا يقع إلا بإيقاع جديد ، ويكون من حيث البينونة على حسب حاله (راجع البحر الجزء الثالث ص ١٥٩) .

فلأنها مارضيت بالمسمى وحده ، إنما رضيت به مع منفعة أخرى قد اشترطتها ، ولم يف بها ، فكأن التسمية صارت باطلة ، فيجب مهر المثل ، وإنما يشترط ألا يقل عن المسمى ، لأنه رضى به مع منفعة يقدمها ، فأولى أن يرضى به عند عدم الوفاء بهذه المنفعة .

١٤٣ — هذا ويلاحظ أن زفر لايعتبر كل منفعة مشروطة مع مهر مسمى واجبة الوفاء ، بل إن المنفعة الواجبة الوفاء هي التى يمكن أن تقوم بمال في العقد كاشتراط منفعة عين أو نحو ذلك . فان لم تكن مما يقوم بالمال كطلاق ضرتها أو اشتراط ألا يتزوج عليها ، فإن الشرط يعتبر لغواً لايلتفت إليه . ويكون الواجب هو المسمى فقط . لأن ما يكون جزءا من التسمية هو ما يجب الوفاء به من الأموال أو المنافع التى تقوم بالمال فى العقود فان لم تكن كذلك فليست جزءا من التسمية . فيكون ذكرها لغواً .

أما أبو حنيفة والصاحبان فقالوا : إن كل شرط يكون فيه نفع لها ، ولو لم يكن مقوماً بمال ، فهو جزء من التسمية . وعند تخلفه يؤثر فيها ، لأنها إنما رضيت على أساس الشرط والتزام الوفاء به وفيه منفعة لها مباحة شرعا وإن لم تكن مقومة ، فإذا لم يوف بها فقد فات الرضا بالمسمى فيرجع إلى مهر المثل ، إلا إذا كان أقل من المسمى ، فيجب المسمى لأنه رضى به مع اشتراط منفعة لها ، فأولى أن يرضى به مع عدمها . كما ذكرنا .

١٤٤ — وقد تقترن التسمية بشرط فيه منفعة للزوج غير مقومة بمال أو مقومة ، أو بوصف مرغوب فيه ، كأن يسمى مائة على أن يسافر بها أو على أنها بكر (١) . وفى هذه الحال إذا تحققت المنفعة . وثبت الوصف

---

(١) كان اشتراط البكارة مع المسمى موضع كلام فى كتب الفقه الحنفى ، وقد جاء فى ابن عابدين نقلا عن البزازية « إن تزوجها على أنها بكر ، فإذا هى ليست كذلك ، يجب المهر حلا لها على الصلاح بأن يفرض أنها زالت بوثبة ، فإن تزوجها بأزيد من مهر مثلها على أنها بكر ، فإذا هى غير بكر ، لا تجب الزيادة ، لأنه قابل الزيادة بما هو مرغوب فيه ، وقد فات فلا يجب ما قوبل به ، ولكن إطلاق أصحاب الدرر والوقاية وملتقى الأبحر ، يقيد عدم الرجوع بالزيادة عن مهر الأمثل » .

وترى من هذا أنه إن تبين أن البكارة غير قائمة لا يجعل عدم وجودها دليلا على أنها =

الموغوب فيه ، فإن لها المسمى كاملا إذا تحقق شرطه الذى اقترن به ، فإن لم تتحقق المنفعة أو لم يثبت الوصف ، فنى هذه الحال يجب مهر المثل ، على ألا يزيد على المسمى لأنه مارضى بالمسمى إلا على أساس ذلك الوصف المرغوب فيه ، أو المنفعة المشروطة ، فإذا فات مااقترنت به التسمية ، فقد فات الرضا بالمسمى من جانبه ، فيجب مهر المثل ، ولكن إذا كان المسمى أقل منه وجب المسمى لأنها رضيت به رضاء حراً مع تقديمها منفعة أو تحقيق وصف ، فأولى أن ترضى به مع فوائده .

١٤٥ — وقد يردد المهر بين منفعة لها أو له ، فيكون فى المهر تسميتان : (إحداهما) مقترنة بمنفعة لها ، (والثانية) غير مقترنة ، أو مقترنة بمنفعة له ، أو إحداهما مقترنة بوصف مرغوب فيه له أو لها ، والثانية غير مقترنة ، كأن يذكر أن المهر مائتان إن كانت له زوجة أخرى ، ومائة إن لم يكن له زوجة ، أو مائة جنيه إن أقام بها ولم يسافر ، ومائتان إن سافر ، أو على مائتين إن كانت بكراً ، وعلى مائة إن كانت ثيباً ، وعلى مائة إن كانت جميلة ، وعلى خمسين إن كانت دميمة (١) وهكذا .

فإن كانت التسمية على هذا الشكل ، فقد اختلف فقهاء المذهب الحنفى فى ذلك على ثلاثة أقوال : فقد قال الصاحبان : إن التسمية على هذا الوجه صحيحة ، وأى شرط تحقق وجب مايقابله من المسمى .

= غير محصنة ، بل يحتمل على أنها زالت بوثبة ، وأن عبارات الكتب فيها بعض الاضطراب والاختلاف ، والراجح ما اخترنا ، وهو وجوب الزيادة ، وهو غير ما إذا كانت قد تزوجت على أنها بكر فبانت ثيباً فقد فقد حكمها .

(١) قال بعض الفقهاء ، إن الترديد بين البكارة والثيوبة ، والقبح والجمال لا خلاف فيه بين الفقهاء فى المذهب الحنفى ، وإنهم متفقون على أن التسميتين صحيحتان ، ولكن كمال الدين بن الهمام فى فتح القدير يرجح أن القبح والجمال على الخلاف « فيقول : واعلم أنه نقل عن الدبوسى أنه لو تزوجها على ألف إن كانت قبيحة ، وألفين إن كانت جميلة ، يصحان بالاتفاق ، لأنه لا خطر فى التسمية الثانية ، لأن أحد الوصفين ثابت فى نفس الأمر جزماً ، غير أن الزوج يجهله ، وجهالته لا توجب خطراً بالنسبة إلى الوقوع وعدمه ، واستشكل بأن مقتضاه ثبوت صحتهما اتفاقاً فيما إذا تزوجها بألف إن كانت مولاة ، أو ليست له امرأة ، وبألفين إن كانت حرة الأصل ، أو له امرأة ، ولكن الخلاف منقول فيها : والأولى أن تجعل مسألة القبيحة والجميلة على الخلاف فقط ، نص فى نوادر ابن سماعة عن محمد على الخلاف فيها » وإذن فكل ترديد على الخلاف .

وقال أبو حنيفة : التسمية الأولى صحيحة ، فإن تحقق شرطها وجبت ، وإن لم يتحقق شرطها وجب مهر المثل على ألا يزيد على الأكثر ، ولاينقص على الأقل .

وقال زفر ، التسميتان فاسدتان ، وعلى ذلك يجب مهر المثل فى كل الأحوال بشرط ألا يقل عن الأدنى ، ولايزيد على الأكثر .

وحجة الصاحبين أنه إن كان هناك تسميتان — كانت كل واحدة على طريق البدل ، أى كل تسمية هى حال تختلف عن حال الأخرى ، ولاتجتمع الحالان : لأنهما متضادان أو شبه متضادين ، فكأن هناك تسمية واحدة ، إذ أنه إن سافر بها تعينت تسمية السفر ، وإن أقام بها تعينت تسمية الإقامة ، وألغيت الأخرى ، وإذا كانت ثمة تسمية واحدة فإنها تجب إن وجد شرطها ، إذ لاتنازعها تسمية أخرى .

وحجة زفر أن فى العقد تسميتين ثابتتين معا فى وقت واحد لا على طريق المبادلة ، وأن مااقترن بها من شروط لغو لسببين :

(أحدهما) أن كل شرط فيه منفعة لاتقوم بمال لغو لا يلتفت إليه كماهو أصل مذهبه ، وهذه الشروط التى تردد معها التسمية تشتمل على منافع ، لاتقوم بمال فذكرها لغو .

(وثانيهما) أن الإقامة والسفر وأخواتها شروط فاسدة ، لأنها ليست مقتضى العقد ، وبعضها يثبت من غير اشتراط ، فهو فى حكم اللغو أيضاً .

وإذا كانت الشروط ملغاة ، فإن العقد قد اشتملت التسمية فيه على تقديرين فى حال واحدة ، فتكون التسمية فاسدة ، وإذا فسدت التسمية وجب مهر المثل ، ولكن لأنها رضيت بالأكثر حداً أعلى يزاد عليه ، ولأنه رضى بالأقل حداً أدنى لاينقص عنه .

ووجهة أبى حنيفة أن التسمية الأولى تسمية منجزة غير معلقة على شروط ، بل اقترنت بها منفعة لأحدهما ، والثانية معلقة على شرط ، فإن تحققت المنفعة المقترنة بالتسمية الأولى وجبت تلك التسمية ، ولاجهالة فيها ، وإن لم تتحقق تلك المنفعة ، فإن تلك التسمية لاتلغى بل تستمر قائمة ، أما التسمية الثانية ،

إذا تحقق شرطها فتعتبر قد ذكرت مع تسمية أخرى هي التي اقترنت بشرط منفعة ، وهي تخلف الشرط ، وعلى حق إذا تحقق شرط الثانية يكون هناك تسميتان في حالة واحدة فتفسد كلتاهما ، وبجب مهر المثل لايزيد على المسمى لرضاها به ، ولا ينقص عن الأدنى لرضاه به .

١٤٦ — وجوب عشرة دراهم : يقرر فقهاء الحنفية أن أقل المهر عشرة دراهم ، فلاتجوز تسمية أقل منها ، وإذا سمى الزوج أقل من عشرة دراهم وجبت عشرة دراهم ، وقال زفر : إن كانت التسمية أقل من عشرة دراهم وجب مهر المثل ، وذلك لأن التسمية حينئذ لايعتبرها الشارع ، فتبطل ، ويصير العقد خالياً من التسمية ، إذ تسميته ما لايصلح مهراً لاتعد تسمية ، وإذا بطلت التسمية وجب مهر المثل .

ووجهة أبي حنيفة والصاحبين أن التسمية في ذاتها صحيحة ، لأن المسمى معلوم وهو مال متقوم ، ولكنها أقل مما قرره الشارع ، فترفع إلى ماقرره وهو عشرة دراهم ، ومن جهة ثانية أنه لما ذكر بعض العشرة التي هي أقل مايصلح مهراً ، كان كأنه ذكرها كلها ، إذهي تقبل التجزئة والنقصان ، وذكر بعض مالا يقبل التجزئة في نظر الشارع ذكر له كله . كمن يعفو عن بعض الدم ، فإنه يكون عفواً عن كل الدم ، وإذا عفا بعض الأولياء ثبت العفو كاملا ، ومن أعتق بعض عبده عتق كله . لأن هذه حقائق لاتقبل التجزئة ، ولما كانت عشرة الدراهم لاتقبل التجزئة . فإذا ذكر بعضها . كخمسة مثلا فقد ثبت كلها ، وهو عشرة .

وإذا كان المهر المسمى ليس في الدراهم . وقيمته أقل من عشرة . يرفع إلى عشرة أو ماقيمته عشرة . والعبرة بالقيمة وقت العقد ، لاوقت القبض ، لأن شرط الشارع يجب تحققه وقت الإنشاء فقط .

١٤٧ — وجوب مهر المثل : مهر المثل يجب في مذهب أبي حنيفة في ثلاث أحوال :

(الحال الأولى) إذا لم يسم شيء في العقد . وتسمى المرأة في هذه الحال المفوضة ، لأنها فوضت أمر مهرها ، ووجب مهر المثل في هذا الحال ، لأنه بالعقد عليها وجب لها مهر المثل لامحالة . فإن كان هناك مهر مسمى ثبت . وإن

لم تكن هناك تسمية اتجه الوجوب إلى مهر المثل ، وقد ثبت ذلك بحديث ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم الذي وافق فتواه فيمن مات زوجها ولم يسم لها مهراً ، فقد قال صلى الله عليه وسلم : « لها مهر مثلها ، لاوكس ولاشطط » .

(الحال الثانية) إذا كانت هناك تسمية ، ولكنها فاسدة لجهالة فاحشة ، أو لأن المسمى مال غير متقوم ، ففى هذه الحال يجب مهر المثل ، لأن التسمية الفاسدة تعتبر كلا تسمية ، وتعتبر التسمية أيضاً فى حكم الملغاة ، إذا كان المسمى أقل من مهر المثل، ولها ولى عاصب واعترض، فإنه فى هذه الحال يجب أن يرفع المهر إلى مهر المثل ، أو يفسخ العقد ، وذلك عند أبى حنيفة رضى الله عنه . وقد ذكرناه مراراً .

(الحال الثالثة) أن يكون هناك اتفاق على نفى المهر ، ففى هذه الحال يجب مهر المثل ، لأن المهر حكم من الأحكام التى جعلها الشارع مترتبة على عقد النكاح ، فلا يملك العاقد نفيها ، وإن نفاها بشرط مقترن بالعقد كان الشرط فاسداً ، وأحكام الشروط الفاسدة فى النكاح أنها إن اقترنت بالعقد يصح العقد وتلغى ، ويجب المهر ، وإذا لم تكن تسمية يتجه الوجوب إلى مهر المثل .

ومن صور نفى المهر نكاح الشغار ، وهو أن يزوج رجل آخر من هى فى ولايته على أن المهر أن يزوجه الآخر من هى فى ولايته ، فمهر كل واحدة زواج الأخرى من الولى ، وقد كان هذا النوع من النكاح معروفاً فى الجاهلية ، ومذهب الحنفية فيه أن زواج كليهما قد خلا من ذكر المهر ، واشترط نفيه ، فيصح زواجهما ، ويجب لكل واحدة منهما مهر مثلها ، إذ هما قد اتفقتا على إسقاط مهرهما ، فيبطل ذلك ، ويصح عقد الزواج ، لاموجب لإبطاله ، لأنه شرط فاسد قد اقترن به ، ولايبطل النكاح بالشروط الفاسدة .

١٤٨ — ونكاح الشغار قد ورد النهى عنه ، فقد روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار . وفسر الشغار بأن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته ، وليس بينهما صداق .

وقد قال الحنفية : إن النكاح صحيح وبجب مهر المثل لكل واحدة منهما لما بينا ، وقال مالك والشافعي وأحمد : إن النكاح فاسد ، وأساس اختلاف أبي حنيفة مع سائر الأئمة الأربعة هو فى علة النهى ، فأبو حنيفة اعتبر علة النهى عدم التسمية ، ويزول أثر عدم التسمية بوجوب مهر المثل ، فيسلم العقد . والأئمة الثلاثة جعلوا علة النهى عقد زواجين فى عقدة واحدة . ولذلك فسد العقد ، لأن النهى منصب على صيغة الإنشاء .

ولذلك تصور هؤلاء أن يكون شغار مع ذكر مهر مسمى ، أما أبو حنيفة فلم يعتبر الشغار إلا فى عدم التسمية . ولذلك لم يتصور الشغار مجتمعا مع تسمية مهر ، إذ أنه فى حال التسمية لاشغار .

١٤٩ – تقدير مهر المثل الذى يقرر الفقهاء وجوبه فى كثير من الأحوال هومهر امرأة من أسرة أبيها ، كأختها وعمتها وابنة عمها ، فإنلم يكن من أسرة أبيها من تماثلها ، اعتبر مهر امرأة تماثلها من أسرة تماثل أسرة أبيها. ولاينظر إلى قرابة الأم (١) .

والمماثلة المعتبرة أن تتماثل المرأتان فى السن والجمال (٢) والمال ، والعصر ، والعقل ، والدين ، والبكارة ، والثيوبة ، والأدب والخلق ، وكونها ذات ولد أو ليست كذلك ، فإن لم تثبت المماثلة فى هذه الصفات بينها وبين امرأة قريبة ، انتقل التقدير إلى امرأة أبعد منها تماثلها فيها .

ولقد نص فتح القدير على أنه يعتبر حال الزوج أيضاً بأن يكون زوج هذه كأزواج أمثالها فى المال والحسب وعدمها ، فإنه إذاكان الزوج فى حال يرغب فى مثلها يتساهل معه فى المهر ، بما لا يتساهل مع غيره .

---

(١) وخالف الشافعي ، فقال : إن لم يكن من أسرة أبيها من يماثلها ، اعتبر من يماثلها من أقاربها ذوى رحمها أياً كانت قرابتهم ، لأن القرابة ولو من الأم أولى بالاعتبار ، ووجهة نظر الحنفية أن نسب الإنسان من قبل أبيه فكان هو المعتبر ، وأن حديث ابن مسعود يقول : لها مثل مهر نسائها ، وهن قرابتها من الأب .

(٢) فى فتح القدير « قيل : لا يعتبر الجمال فى بيت الحسب والشرف ، بل فى أوساط الناس » .

ويثبت مهر المثل بشهادة رجلين عدلين ، أو رجل وامرأتين ، فإن لم يوجد على ذلك شهود عدول فالقول قول الزوج مع يمينه، ولاشك أن الاتجاه إلى الإثبات إنما يكون عند الاختلاف ، أما عند الاتفاق على تقديره فلا حاجة إلى الإثبات ، إلا إذا ادعى الولى العاصب أن ما اتفقا على أنه تقدير مهر المثل غير صحيح ، فيكون عليه التقدم لإثبات الصحيح إن كانت عنده بينة .

وأيهما أقام بينة عند اختلافهما يثبت مدعاه ، وإن كان كلا الزوجين يدعى أن مهر المثل قدر معين ، وله بينة يريد الإثبات بها ، تقدم بينة الزوجة ، ولا تسمع بينة الزوج ، فإذا كانت الزوجة تدعى أن مهر المثل مائة ويدعى الزوج أنه ثمانون ، فمن أقام بينة منهما تثبت دعواه ، وإن أقام كلاهما بينة ، سمعت بينة الزوجة وحدها ولا يلتفت إلى بينة الزوج ، وذلك لأنها تدعى عليه زيادة وهى فى مثلها عشرون جنيها وهو ينكرها ، والبينة على من ادعى واليمين على من أنكر ، وإن لم يقم أحدهما بينة على مدعاه ، فالقول قول الزوج بيمينه كما قدمنا .

١٥٠ – وجوب الأقل من المسمى ومهر المثل : ذكرنا أن العقد الفاسد لا يوجب أى حق من حقوق الزوجية المعتبرة شرعاً ، ولكن إن حصل به دخول مع شبهة معتبرة ، وجب المهر ، والمهر المعتبر فى هذه الحال هو مهر المثل بشرط ألا يزيد على ما سمى فى العقد الفاسد ، إذا كانت هناك تسمية معلومة صحيحة فى ذاتها ، بأن يسمى مال متقوم ليست فيه جهالة فيجب الأقل من مهر المثل والمسمى، فإن كان الأقل هو المسمى وجب ، وإن كان الأقل مهر المثل وجب مهر المثل .

وذلك لأن مهر المثل هو الواجب ولكنها رضيت بما دونه ، فتؤخذ برضاها إذ تعتبر بذلك قد أسقطت بعض حقها ، وهى رشيدة فتؤخذ بما أسقطت ، أو تعتبر تلك التسمية تقديراً لمهر المثل من جانبها ، وقد وافقها الزوج عليها ، فلا يصح النظر إلى ما وراء ما اتفقا عليه إن كان أقل ، لا من حيث احترام الشارع للتسمية ، بل من حيث التراضى على تقدير مهر المثل .

هذا هو نظر أبى حنيفة والصاحبين ، وقال زفر ، يجب مهر المثل بالغاً ما بلغ لأن العقد ما دام فاسداً ، لا يترتب عليه بذاته شيء ، فتكون التسمية

أيضاً فاسدة فلا يلتفت إليها . إذ تكون لغواً بحكم إبطال الشارع للعقد . ولأن النكاح الفاسد إذا حصل به دخول كان كالبيع الفاسد إذا حصل به قبض ، فى هذه الحال تجب القيمة . ولا يجب الثمن المذكور ، فكذلك هنا يجب مهر المثل . ولا يجب المهر المسمى . ولا يلتفت إليه ، ولو أوجبنا الأقل من المسمى ومهر المثل ، لكان المسمى واجباً فى بعض الأحوال ، وكان ذلك اعترافاً من الشارع بالعقد الفاسد . وذلك لا يمكن أن يكون .

١٥١ - الزيادة والنقص بعد الوجوب : المهر عند إنشاء عقد الزواج تتعلق به حقوق ثلاثة : (أولها) حق الشارع فى ألا ينقص عن عشرة دراهم عند الحنفية . وقد ذكرنا أنه إن ذكر أقل منها ارتفع المهر إليها (وثانيها) حق الولى العاصب فى ألا ينقص المهر عن مهر المثل عند أبى حنيفة . فإن له الاعتراض على العقد ، حتى يرتفع المهر إلى مهر مثلها . (وثالثها) حق الزوجة وهو الحق الثابت الدائم . بل هو الأصل .

والحقان الأولان (وهما حق الشرع و حق الولى العاصب) لا يثبتان إلا عند الإنشاء ، ومتى تم العقد وقد روعى فيه هذان الحقان ، كان المهر بعد ذلك حقاً خالصاً للزوجة ، فالحقوق الثلاثة تثبت عند الإنشاء والثالث وحده يثبت عند الإنشاء ، ويكون له وحده البقاء .

وإذا كان المهر حقاً للزوجة من بعد ، فإن لها بعد تمام العقد . وفى أثناء قيام الحياة الزوجية أن تنقص من المهر . كما أن له أن يزيد فيه ، وتكون الزيادة كأصل المهر فى حال الدخول أو الوفاة .

ويشترط فى حط المهر ثلاثة أمور .

أولها : أن تكون المرأة رشيدة بأن تكون بالغة عاقلة . وغير محجور عليها لسفه أو غفلة ، لأن حطها من مهرها تبرع على وجه الإسقاط ، والتبرع لا يجوز إلا من رشيد .

ثانيها : ألا يرد الزوج ذلك لأن حط المهر بعد وجوبه إبراء ، والإبراء ينعقد عند الحنفية بإرادة واحدة . ولكنه يرتد بالرد ، لأن من الناس من لا يتحمل منه الإبراء من دين عليه .

ثالثها : ويشترط أن يكون المهر مثلياً معرفاً بالوصف كمائة جنيه مصرى أو عشرة قناطير من القطن من نوع معين ، ودرجة معينة ، أما إذا كان المهر

معيناً ، فإنه فى هذه الحال لا يصح حطه ، لأن المثليات الموصوفة تثبت فى الذمة ، والأموال المعينة الحق يتعلق بها ، وعلى من هى فى يده التسليم ، فإن أريد ترك بعض الحق فيها ، فإن ذلك بهبتها ، وعلى ذلك يصح للزوجة إذا كان مهرها معيناً أن تهبه أو تهب بعضه لزوجها ، ولابد حينئذ من القبول ، ولا يكتفى بعدم الرد ، إذ لا يسقط الحق بالإبراء أو الإسقاط (١) .

وسواء أكان ترك بعض المهر بالهبة أو بالإبراء ، فإنه يجب أن يتوافر الرضا بذلك توافراً كاملا ، ولقد كان الصحابة رضوان الله تعالى عليهم ومن جاء بعدهم يتحرون ذلك خشية أن يكون الزوج هو الذى أرغمها على ذلك ، أو حملها عليه بماله من سلطان (٢) .

وإذا تم نقص المهر بالإبراء أو الهبة فإن المهر يعتبر هو الباقى عند الصاحبين على ما سنبين .

ويصح للزوج أن يزيد فى مهر زوجته ، وتلتحق هذه الزيادة بالمهر المسمى فى العقد فى أكثر الأحكام ، ويلزم بها إن تأكد المهر ، وشروط تمام ذلك أربعة :

(أولها) أن يكون من أهل التبرع ، بأن يكون بالغاً عاقلا رشيداً .

(وثانيها) أن تقبلها الزوجة . لأنها هبة ، فلابد لها من القبول ، ولا يدخل فى ملك الإنسان شىء جبراً عنه .

(وثالثها) أن تكون الزوجية قائمة ولو حكما (٣) ، لأن هذه الزيادة تلتحق بأصل العقد ، فلابد من قيامه ، لكى تلتحق بأصله .

---

(١) نقل فى ابن عابدين ، أنها إن قالت فى المهر : أبرأتك منه . لا تذهب ملكيتها ، ولكن يسقط عنه الضمان ، فتصبح يده يد أمانة بحيث لو هلك لا يضمن ، لأن الملكية ، وإن كانت لم تزل بكلمة أبرأت قد زال الضمان بها .

(٢) وللحرص على أن تكون حرة فى الإبراء أو الهبة كان بعض السلف يجيزون رجوعها فيها ، وكتب عمر إلى بعض قضاته : « إن النساء يعطين رغبة ورهبة ، فأيما امرأة أعطت ، ثم أرادت أن ترجع فلها ذلك » وحكى أن رجلا أبرأته امرأته من صداقها ثم طلقت ، فرجعت فاحتكما إلى عبد الملك بن مروان ، فحكم لها ، وقال شريح فى مثل هذا ، لو طابت نفسها ، ما رجعت ، وكان الأوزاعى لا يجيز هبة المهر إلا بعد أن تعقب منه .

(٣) تعتبر الزوجية قائمة فى الطلاق الرجعى .

(رابعها) أن تكون معلومة . لأن عقد الهبة على مجهول لا يصح ، وهذه الزيادة هي محل الهبة ، فلابد من العلم بها .

والزيادة تجب كأصل المهر كما نوهنا ، ولكن يلاحظ أنه إذا كان الزوج مريضاً مرض الموت . فإن هذه الزيادة لا تعتبر من المهر ، بل تعتبر وصية ، وتطبق عليها أحكام الوصية . فتنفذ إن كان قانون الوصية ينفذها ، وإلا لا تنفذ .

وكذلك إذا كان الحط من المهر فى مرض الموت لا يكون إبراما مجرداً ولا هبة مجردة من حيث المآكل ، بل يطبق عليه قانون الوصية ، فينفذ إن كانت أحكامه تجوزه ، ولا ينفذ إذا لم تجوزه .

وخلاصة ما جاء فى القانون خاصاً بذلك أن الوصية تنفذ ولو كانت لوارث . ما دامت لا تزيد على ثلث التركة .

١٥٢ - وإذا كان الولى هو الأب أو الجد فله أن يزيد فى مهر القاصر وليس له أن يحط من مهر القاصرة . وإنما جاز للأب أو الجد أن يزيد فى مهر القاصر ، لأن لهما عند أبى حنيفة أن يعقدا بأكثر من مهر المثل فلهما أن يزيدا بعد التسمية ، إذ لابد أن يكون ثمة داع لذلك فيه مصلحة للقاصر ، ولأن العرف جاز بأن تهدى الهدايا الضخام من قبل الزوج وأوليائه للزوجة ، وأن تلك الزيادة من قبيل الهدايا فتحوز جوازها ولم يجز الوالى على القاصرة الحط من مهرها ، لأن العرف لم يجر على ذلك . إذ تعير الزوجة وأسرتها . ولم يعرف أن الزوجة وأولياءها يقدمون الهدايا للزوج وأوليائه على ذلك النحو ، ولذلك لم يكن ثمة مبرر للحط من المهر ، نعم إنه كان يجوز للأب والجد عند أبى حنيفة أن يزوج بأقل من مهر المثل لمصلحة يرونها ، ولكن ذلك عند إنشاء العقد ، وبعد تمامه يقف العرف مانعاً دون ذلك ، فإذا كان عند الإنشاء مسوغ فقد وجد بعده مانع .

ما يؤكد المهر

١٥٣ - يثبت المهر فى العقد الفاسد بالدخول مع وجود الشبهة ، وإذا ثبت يثبت مؤكداً لا يقبل السقوط ، لعدم احتمال أن يرد ما يسقطه .

أما العقد الصحيح فإن السبب فى وجوب المهر فيه هو العقد المجرد . كما علمت فإذا تم العقد وجب المهر . فإن كان هنا لامهر مسمى تسمية صحيحة يقرها الشارع وجب ذلك المهر حقاً للزوجة . وإن لم تكن تسمية وجب بمجرد العقد مهر المثل ، وإن كانت التسمية لايقرها الشارع لقلتها وجب الحد الأدنى الذى حده الشارع . وكل ذلك يكون فى ذمة الرجل للمرأة بمجرد العقد .

غير أن ذلك الوجوب ليس ثابتاً على وجه الدوام ، بل يكون قابلا للسقوط كله أو بعضه . إذا لم يوجد مؤكد من مؤكدات المهر فإذا حصل المؤكد صار المهر غير قابل للسقوط فى بعضه أو كله لأى عارض يحدث من بعد .

ومؤكدات المهر فى العقد الصحيح ثلاثة : أولها : الدخول الحقيقى — وثانيها : الموت — وثالثها : الخلوة الصحيحة .

(أ) الدخول الحقيقى : يؤكد المهر سواء أكان مهر المثل أم كان المسمى وسواء أكانت التسمية وقت العقد ، أم اتفق عليها بعد العقد ، فإن حصل دخول لا يسقط من المهر شىء من بعد . إلا بإبراء الزوجة أو حطها جزءاً منه ويوجه تأكده بالدخول أنه بالعقد قد ثبت المهر حقا للزوجة . ومسقطاته الواردة فى القرآن والحديث والقياس قد قيد حصولها قبل الدخول ، فالطلاق يسقط نصف المهر . إذا كان قبل الدخول ، وهكذا كل مسقط للمهر أو بعضه فإذا حصل دخول فقد أصبح تحقق المسقط غير ممكن ، ولأنه بالدخول قد استوفيت أحكام العقد أو جلها من جانب الزوجة . فكان حقاً أن تجب الحقوق التى على الزوج مؤكدة وأولها المهر . لأن الدخول مع الشبهة فى العقد الفاسد يوجب مهر المثل غير قابل للسقوط . فأولى أن يؤكده فى النكاح الصحيح . ويجعله غير قابل للسقوط .

(ب) والموت يؤكد المهر الثابت . سواء أكان الذى مات هو الزوج أو الزوجة . وذلك لأن المهر كان ثابتاً إلى أن يوجد ما يسقط بعضه أو كله وهو الفرقة قبل الدخول ، وبالموت استحال وجود ذلك المسقط ، فتأكد المهر ، ولأن الموت أنهى عقد الزواج مقرراً كل أحكامه . ومنها الميراث ومنها المهر . فيتقرر ويثبت به ، ولذلك اتفق الفقهاء جميعاً على أن الموت الطبيعى ، أو بقتل أجنبى لأحدهما أو بقتل الزوج زوجته أو بقتل الزوج نفسه يقرر المهر

ويؤكده، وكذلك قال أبو حنيفة والصاحبان والشافعي ومالك إذا قتلت نفسها، بل قال أبو حنيفة والصاحبان أيضاً : إذا قتلت الزوجة زوجها يتقرر مهرها .

ومن هذا نرى أن الفقهاء اتفقوا (١) على الموت الطبيعي (٢) وعلى قتل أجنبي لأحدهما . لأنه كالموت الطبيعي من حيث إنه ليس لأحدهما يد فيه . (٣) واتفقوا على أنه إن قتلها الزوج يتقرر المهر لأن الجناية منه لا تسقط حقاً واجباً عليه (٤) واتفقوا على أن المهر لا يسقط شيء منه إذا قتل الزوج نفسه . لأن ذلك كالموت بالنسبة لحقوق غيره وليس منها جناية عليه فيظن سقوط حقها .

وموضع الخلاف إذا قتلت نفسها ، أو قتلت زوجها ، وأئمة المذهب الحنفي على أنه يتأكد المهر فيها . لأن المسقط هو الفرقة بينهما وهما على قيد الحياة . وقد امتنع ذلك المسقط . فيتأكد المهر ، فكل موت أيا كان طريقه يؤكد المهر عنه الحنفية .

١٥٤ — ولقد قال زفر : إن من قتلت نفسها يسقط كل مهرها مخالفاً لذلك جمهور الفقهاء — لأن قتلها نفسها جناية وقد فوتت بهذه الجناية حق الزوج عليها فتسقط حقها في المهر إذا لم يكن مؤكداً بالدخول من قبل ، ولأن قتلها نفسها كارتدادها . وهي إذا ارتدت قبل الدخول سقط كل مهرها .

وقال زفر مع الأئمة الثلاثة : إن الزوجة إذا قتلت زوجها قبل الدخول سقط مهرها كله . وخالف في ذلك بقية الحنفية كما نوهنا ، وحجة الأئمة الثلاثة وزفر أن قتلها زوجها جناية . وما عهدت الجنايات مؤكدة للحقوق ، ولأنها تحرم من الميراث فأولى أن تحرم من المهر ، ولأن قتلها زوجها كردتها من حيث إنها أنهت الزواج بمعصية يسقط المهر كله . إن كان ذلك قبل الدخول .

والمعمول به مذهب أبي حنيفة والصاحبين الذي ذكرناه ، وهو أن الموت يؤكد المهر في كل صوره . وأرى أنه لو عمل بمذهب الأئمة الثلاثة ، وزفر في حال ما إذا قتلت المرأة زوجها لكان ذلك أعدل وأقوم ، إذ أنها تتبرم بالحياة الزوجية قبل الدخول ، فتزيلها بقتل زوجها ، فكيف تنعم بمهر من هذه الحياة التي تبرمت بوجودها ؟ ؟

إن ذلك غير معقول فى ذاته . وليس من العدل فى شىء .

١٥٥ – (ج) والخلوة الصحيحة : فى النكاح الصحيح تؤكد المهر كالدخول الحقيقى ، والخلوة الصحيحة هى التى يجتمع فيها الزوجان فى مكان يأمنان فيه من اطلاع الغير عليهما . ولم يكن ثمة مانع يمنع من الدخول الحقيقى ؛ فإذا حصل الاجتماع على ذلك النحو . فقد حصلت الخلوة وتأكد المهر . ووجبت العدة ، ولو لم يحصل فى الاجتماع دخول حقيقى .

وقد اشترط فى الخلوة الصحيحة الخلو من الموانع التى تمنع من الدخول الحقيقى . والموانع ثلاثة أقسام ، وهى :

الأول – المانع الحقيقى : وهو أن يكون بالزوجة ما يمنع الدخول بها ، كأن تكون صغيرة أو مريضة أو بها عيب يمنع الدخول ، أو يكون بالزوج ما يمنعه من الدخول بها كأن يكون صغيراً أو مريضاً . فإذا كان هذا المانع لم تكن الخلوة صحيحة .

والمانع الثانى – وهو المانع الطبيعى : بأن يكون معهما ثالث . فإن الطبع يمنع الدخول مع وجوده . بل لا يوجد معنى الخلوة مع وجوده . سواء أكان الثالث صاحياً أم كان نائماً ، وسواء كان أعمى أم بصيراً ، والصبى الذى يفهم الأشياء يمنع وجوده تحقق الخلوة الصحيحة . وإن لم يفهم الطفل شيئاً قط لا يمنع وجوده الخلوة الصحيحة .

والمانع الثالث هو المانع الشرعى : وهو أن يكون أحد الزوجين فى حال تمنعه شرعاً من الدخول كأن يكون أحدهما صائماً ، أو تكون هى حائضاً ، فإذا كان ذلك فإن الخلوة لا تكون صحيحة .

ولقد استحسن القدورى فى كتابه أنه إذا كانت الخلوة غير صحيحة بسبب وجود المانع الشرعى ، فإن المهر لا يؤكد ، ولكن العدة تثبت للاحتياط ، بخلاف ما إذا وجد المانع الحقيقى أو الطبيعى ، فإن الخلوة لا تصح ولا تتحقق فلا تثبت عدة ولا مهر (١) .

---

(١) هناك رأى آخر هو أن العدة تثبت عند وجود مانع حقيقى أو شرعى ، ولكنه لا يثبت المهر مع وجود أى مانع ، وقد رجح صاحب فتح القدير ما رآه القدورى إلا إذا كان الصغير قادراً ، والمرض غير مدنف أى غير شديد يوجب العجز التام . ولكن صاحب البحر رجح =

١٥٦ — والخلوة كالدخول الحقيقى فى تأكد المهر ، فلا يسقط منه شىء بعدها . وفى ثبوت النسب . وفى ثبوت العدة بالطلاق بعد الخلوة وما يترتب على ثبوت العدة من

(أ) وجوب النفقة بأنواعها الثلاثة من طعام ومسكن وكسوة .

(ب) وحرمة نكاح محرم للزوجة حتى تنتهى عدتها ، لأن الجمع بينها وبين محرم لها كعمتها أو خالتها غير جائز فى النكاح وفى العدة .

(ج) وحرمة تزوج أربعة غيرها فى أثناء العدة ، إذا كانت مطلقة بعد الخلوة لقيام العدة ، لأن الجمع بين أكثر من أربع ، كما يحرم فى النكاح هو محرم فى العدة .

وتختلف الخلوة عن الدخول الحقيقى فى أحكام أخرى منها :

(أ) الإحصان . فإن الرجل أو المرأة إذا زنيا ، وكانا محصنين كان الحد هو الرجم . والإحصان هو الزواج مع الدخول الحقيقى ، والخلوة لا تقوم مقام الدخول الحقيقى فى هذا . لأن الحدود تسقطها الشبهات ، فأولى ألا تثبت بالاشتباه فى تحقق شرطها . ولذا لا يثبت بالخلوة الإحصان ، فيكون الحد إن حصل زنى هو الجلد مائة .

(ب) حرمة البنات فإنه من المقرر أن حرمة بنت الزوجة على زوجها حرمة أبدية شرطها الدخول بالأم لنص الآية الكريمة « فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » والدخول هنا هو الدخول الحقيقى ، فلا تغنى الخلوة غناءه . فإذا اختلى بامرأة ثم طلقها لا تحرم عليه بنتها بعد انتهاء العدة .

(ج) حل المطلقة ثلاثاً لمطلقها ، فإنها لا تحل إلا بعد أن يتزوجها آخر ويدخل بها دخولا حقيقياً ، ثم يطلقها ، وتنتهى عدتها ، ولا تقوم

= وجوب العدة عند وجود مانع شرعى أو حقيقى فقال : المذهب وجوب العدة مطلقاً (أى سواء أكان حقيقياً أم كان شرعياً) وظاهر أنها واجبة قضاء وديانة . وقال العتابى وتكلم مشايخنا فى العدة الواجبة بالخلوة الصحيحة أنها واجبة ظاهراً أم على الحقيقة ، فقيل لو تزوجت وهى متيقنة بعدم الدخول حل لها ديانة لا قضاء والجزء الأخير الذى نقله صاحب البحر عن العتابى يفيد فائدة جديدة وهى أن وجوب العدة إذا كانت الخلوة صحيحة خالية من الموانع الشرعية والحقيقية ؛ إنما هو فى القضاء لا فى الديانة ، وعلى ذلك إذا كانت متأكدة من عدم الدخول فإنه يحل لها الزواج من غيره ديانة لا قضاء .

الخلوة الصحيحة مقام الدخول الحقيقى ، لأن نصوص الشارع صريحة فى اشتراطه .

(د) الرجعة ، فإن الرجعة تثبت إذا كان الطلاق بعد الدخول الحقيقى هو الأول أو الثانى ولم يكن على مال ، إذ يكون الطلاق رجعياً - أما بعد الخلوة فإنه لا تثبت الرجعة ، لأن الطلاق يكون بائناً قبل الدخول الحقيقى فى كل الأحوال .

(هـ) الميراث ، فإذا مات أحدهما فى عدة الطلاق بعد الخلوة فإنه لا يرث مطلقاً ، سواء أكان الطلاق فراراً من الميراث وهو الطلاق فى مرض الموت من غير رضاها ، أم كان الطلاق لم يقصد به الفرار ، وهو الطلاق فى الصحة أو فى مرض الموت برضاها ، بخلاف الطلاق بعد الدخول الحقيقى فإنه لا يمنع التوريث إذا كان رجعياً ، أو كان بائناً فى عدة الطلاق البائن إذا كان المطلق قد اعتبر فاراً من الميراث ، ويمنع التوريث إذا كان بائناً ولا فرار فيه ، وحينئذ يكون مواضع الفرق بين الدخول الحقيقى والخلوة بالنسبة للميراث . إنما هو فى حالة الفرار ، لأن الطلاق دائما بعد الخلوة بائن ، وهو يمنع الميراث فى الدخول الحقيقى ، فأولى أن يمنعه فى الخلوة ، وإنما يحتمل الميراث إذا كان بعد الخلوة مع الفرار ، وقد جاء النص فى الفقه الحنفى بأنه لا ميراث فى عدة الفار إذا كان الطلاق بعد الخلوة (١) .

والسبب فى عدم ثبوت الميراث إذا حصلت الوفاة فى عدة الطلاق بعد الخلوة أن ثبوت العدة بعد الخلوة للاحتياط ، والميراث حق مالى لا يثبت إلا إذا وجد سببه ، ولا يثبت للاحتياط ، ولأنه لو ثبت لما يترتب على ذلك نقص حق الورثة الآخرين أو بعضهم ؛ ولا ينتزع من أحد الورثة حقه إلا بسبب قاطع ملزم ، فلا ينتزع بأمر وجب للاحتياط .

١٥٧ - وإذا اتفق الزوجان على وقوع الخلوة ثبتت ، ووجبت أحكامها التى قررناها ، أما إذا اختلفا فى وقوعها ، كأن تطالب المطلقة بالمهر كاملا ، لأنه اختلى بها ، وقال الزوج : لك نصف المهر ، لأن الطلاق كان قبل الدخول

---

(١) فقد جاء فى ابن عابدين ما نصه : « قال الرحمتى : وعلى هذا لو طلقها فى مرض موته بعد الخلوة الصحيحة وقبل الوطء ومات فى عدتها لا ترث » وبه جزم الطواق فيما كتبه.

لم تسبقه خلوة ، فالقول قولها بيمينها ، لأن الأصل هو ثبوت المهر كله فى ذمته بالعقد ، وخلاف الأصل ثبوت نصفه ، والقول قولها ، لأنها تدعى الأصل .

هذا ما ذكره ابن عابدين (١) والظاهر أنه إذا كانت لها بينة تسمع ، لأنها تقوم على واقعة معينة ، وهو يستمسك بأصل آخر ، وهو عدم وقوع خلوة أو دخول ، إذ أن ذلك هو الأمر الأصلى ، ومدعى خلافه عليه أن يثبته ، إنما يأتى كلام ابن عابدين فى حال ما إذا لم تكن بينة ، فإنها تحلف من حيث إنه يدعى سقوط نصف المهر ، وهى تنكر ذلك .

١٥٨ — هذه مؤكدات المهر الثلاثة عند الحنفية ، ويوافقهم فيها الإمام أحمد ويزيد عليها ، أما الشافعى فلا يرى أن الخلوة تؤكد ، بل يؤكده الدخول الحقيقى . والموت فقط ، ومالك كالشافعى ، ولكنه يرى أن من مؤكدات المهر أن تنتقل الزوجة إلى منزل الزوجية ، وتقيم فيه سنة بلا دخول حقيقى مع تهيؤ كل الأسباب له ، فالإقامة المذكورة تنزل منزلة الدخول الحقيقى ، وكأن المالكية لم يهملوا اعتبار الخلوة بإطلاق ، ولم يعتبروها بإطلاق بل اعتبروا الخلوة مؤكدة للمهر مع البقاء سنة ، وتعليل ذلك واضح ، إذ أنها بإقامتها فى منزله سنة وخلوته بها من وقت لآخر — قد قامت بكل حقوق الزوجية من جانبها ، فحق لها المهر كاملا غير منقوص .

وقد قلنا إن أحمد بن حنبل يعتبر كل المؤكدات التى يذكرها الحنفية ، ويزيد عليها مؤكداً رابعاً ، وهو ما يعد مقدمات الدخول ، فالنظر بشهوة أو التقبيل ، أو اللمس بشهوة — يؤكد المهر كالدخول ، ولو حصل على غير خلوة بل لو حصل فى حضرة الناس ، لأن ذلك يعد استيفاء لبعض أحكام الزواج ، فتأكد المهر بها ، وهذا نظر سليم لو أخذ به فى مصر ، وطبقته المحاكم الشرعية لكان فيه احتياط للفتاة وأسرتها فإن كثيراً من الأسر فى مصر بمجرد العقد يلتقى الفتى بالفتاة ويصاحبها فى الملاهى قبل أن تزف إليه ، وربما

(١) ذكر هذا ابن عابدين ، وذكر أنه أخذه عن الزاهدى فى القنية .

يعدل عن إتمام الزواج بعد الاصطحاب الطويل ، ويسقط نصف المهر ويكثر القيل والقال .

سقوط نصف المهر

١٥٩ - المهر يجب فى النكاح الصحيح بالعقد ، لأنه حكم من أحكامه كما بينا ولكنه وجوب على خطر السقوط قبل الدخول الحقيقى والحكمى والموت ، فإذا طلقها قبل الدخول سقط نصف المهر ، وبقى الواجب فى النصف الباقى ، وذلك لقوله تعالى : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ، وقد فرضتم لهن فريضة ، فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح ، وأن تعفوا أقرب للتقوى ، ولا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير » .

فهذه الآية كما ترى ، تدل على أن المهر يسقط نصفه إذا حصل طلاق قبل الدخول ، وكانت هناك تسمية وقت العقد ، فإذا لم تكن هناك تسمية وقت العقد ووجب مهر المثل ، لا ينصف ذلك المهر ، لأن الذى ينصف هو المفروض بنص الآية ، إذ تقول : « وقد فرضتم لهن فريضة » .

وتنصيف المسمى بالطلاق قبل الدخـــول الحقيقى والحكمى يتفق مع القواعد الفقهية ، لأن الطلاق قبل استيفاء أى حكم من أحكام العقد يشبه نقض العقد من أصله ، فيقضى ألا يثبت أى حكم من أحكامه ، فلا يجب من المهر شىء ، ولكن الطلاق فى ذاته : إنهاء للعقد ، وليس نقضاً له ، وإن إنهاء العقد يقرر أحكامه السابقة على الإنهاء ، ولا يلغيها ، فكان بهذا النظر يجب أن يثبت المهر كله ، فكان من النظر لهذين المعنيين من غير ترجيح أحدهما على الآخر أن يجب نصف المهر إذ أن النظر الأول نفى المهر كله ، والثانى أثبته كله ، فتوسطاً بين العاملين وجب النصف .

ثم إن وجوب النصف فيه معنى التسريح بإحسان الذى أمر به الله سبحانه فقد قال تعالى : « وسرحوهن سراحاً جميلا » لأن الفرقة قبل الدخول تحرج نفس المرأة ، فأوجب الله سبحانه نصف المهر ، ثم حث الرجل على إعطاء النصف الآخر استحباباً إذا لم يكن الطلاق بطلبها ، ولذا قال تعالى : « وأن تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم » .

١٦٠ — والمهر الذى يتنصف بالطلاق قبل الدخول هو المسمى وقت العقد ، كما نوهنا ، أما الذى فرض بعد العقد ، فإنه لا ينصف بالطلاق قبل الدخول بل تجب فيه المتعة ، وهذا رأى أبى حنيفة ومحمد ورأى أبى يوسف فى قوله الأخير .

أما رأيه فى قوله الأول ، وهــو رأى الشافعى ومالك ، فتنصيف المفروض بعد العقد ، وحجتهم أن الآية جاءت بتنصيف المسمى سواء أكانت التسمية وقت العقد أم بعده ، ولأن التسمية بعد العقد تلتحق بالتسمية وقته ، بدليل أنها تكون هى الواجبة ، إن تأكد المهر بدخول أو وفاة .

وحجة أبى حنيفة ومحمد أن الآية واردة فى المسمى وقت العقد ، كما هو الظاهر والغالب ، لأنها هى التسمية التى تقترن بالعقد ، وتكون جزءاً منه ، والعرف يطلق المفروض على ما يكون مسمى وقت العقد ، ولأنه إذا حصل العقد من غير تسمية انصرف الوجوب إلى مهر المثل ، لأنه بمجرد تمام العقد يجب مهر فور التمام لا محالة ، فإن كان ثمة تسمية صحيحة معتبرة شرعاً انصرف الوجوب إليها ، وإن لم تكن صحيحة انصرف الوجوب إلى مهر المثل (١) ، فإذا حصل اتفاق على تسمية مهر معين ، فإنما ذلك تقدير لمهر المثل ، ولذلك يجب ذلك المسمى على أنه مهر المثل قد اتفق عليه ، وإذا حصل مؤكد من مؤكدات المهر كان التأكيد لهذا القدر ، فان حصل ما يوجب سقوط بعض المهر وجب حينئذ ما أوجبه فى حالة عدم التسمية . وهو المتعة ، على ما سنبين .

إذا حصلت زيادة فى المهر المسمى من الزواج بعد العقد ، فإنها تنتصف عند أبى يوسف ، لأنها تلتحق بالمسمى فتسرى عليها أحكامه وتنتصف بالطلاق قبل الدخول لأن الذى يتنصف هو المسمى وقت العقد فقط ، لظاهر الآية كما ذكرنا (٢) .

---

(١) هذا مقتضى أصول الحنفية ، أما مقتضى أصول المالكية والشافعية فهو أن المهر يجب بنفس العقد إذا كان مسمى وقته ، أما إذا لم يسم وقته فيجب بالتراضى عليه بعد العقد ، أو بالدخول ، فيجب مهر المثل ، ولذلك كانت المفوضة لا مهر لها عندهما إن مات عنها قبل الدخول .

(٢) ذكر فى البدائع ، أن الذى يتنصف هو المسمى وقت العقد فقط ، فإن اشترط ما فيه منفعة لها مع التسمية لا يلتفت إلى الشرط ، ولذا قال : « لو شرط مع المسمى الذى هو =

١٦١ – وإذا حصل الطلاق قبل الدخول ، وسقط نصف المهر ، أيعود النصف إلى ملك الزوج بمجرد الطلاق أم لا يعود إلا بالتراضي أو حكم القضاء إذا كان الطلاق قبل القبض ، فالنصف يعود إليه من غير حاجة إلى القضاء ، لأنه إذا كان ديناً فقد سقطت المطالبة بنصفه بمقتضى النص الكريم ، وإن كان المهر معيناً فإن يده ثابتة عليه وليست لها المطالبة بالنصف ، لسقوط وجوب نصف المهر بمقتضى الآية الكريمة ، فالملكية حينئذ فى النصف تعود إلى الزوج .

أما إذا كانت قد قبضت المهر فإن النصف لا يعود إلى ملكه إلا بالتسليم أو بحكم القضاء ، وإحدى الروايات عن أبى يوسف : يعود إلى ملكه من غير حاجة إلى القضاء ، لأن الطلاق قبل الدخول هو سبب عودة النصف إلى ملك الزوج ، ومتى وجد السبب وجد المسبب حتماً ، وقد وجد الطلاق المذكور ، فيعود النصف إلى الزوج .

وحجة أبى حنيفة ومحمد وإحدى الروايتين عن أبى يوسف أن المهر يملك بمقتضى العقد ملكا مطلقاً ، فإذا قبض فقد تعينت الملكية فى المقبوض ، والملكية اللازمة الناشئة عن عقد لا تنقض بقول أحد العاقدين فلابد من قضاء القاضى أو التراضى ، وقبل القبض لا تكون الملكية متعينة على الإطلاق فى المهر المعين بدليل أنه لو هلك يهلك مضموناً على من فى يده .

ويترتب على أن ملكية النصف لا تعود فى المهر المقبوض إلى الزوج إلا بعد التسليم أو القضاء – أنه لو تصرف فيه قبل القضاء أو التسليم يكون تصرفه فيما لا يملك ، فيكون موقوفاً على إجازتها أو الحكم ، وإن تصرفت هى نفذ تصرفها لأن ملكيتها لم تزل عن العين ، وهذا عند الطرفين ، وعند

= مال ما ليس بمال ، بأن تزوجها على ألف درهم على أن يطلق امرأته ، أو على ألا يخرجها من بلدها ثم طلقها قبل الدخول ، فلها نصف المسمى ، وسقط الشرط ، لأن هذا شرط إذا لم يقع الوفاء به يجب مهر المثل فلم يثبت ، ومهر المثل فى الطلاق قبل الدخول فسقط اعتباره ، فلم يبق إلا المسمى فينصف . وكذا إذا شرط لها مع المسمى شيئاً مجهولا ، كما إذا تزوجها على ألف ، وأن يهدى إليها هدية ثم طلقها قبل الدخول فلها نصف المسمى » .

وقبل أن نترك هذا المقال نقول ، إن مالكاً يتفق مع الطرفين فى عدم تنصيف الزيادة مع وجوبها بالدخول والموت ، والشافعى يقول ، الزيادة بعد العقد ملغاة فى كل الأحوال إلا إذا كانت هبة .

زفر ، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف : تصرفه ينفذ فى نصفه ، وتصرفها لا ينفذ فى هذا النصف . لأن ملكيتها قد زالت عن النصف بالطلاق قبل الدخول .

١٦٢ – قد تبين مما مضى أن المهر بعد تمام العقد خالص حق المرأة ؛ فلها أن تهبه لزوجها ، وأن تبرئه من بعضه أو كله . وإذا وهبته له أو بعضه أو برأته منه أو بعضه وحل طلاق قبل الدخول فما الحكم ؟ لقد أجاب الفقهاء عن ذلك السؤال ، وصوروا له صوراً وأحوالا شتى ، نكتفى بذكر ثلاث منها . لأن بيان حكمها ودليلها يكشف عن حكم غيرها من المسائل المتشعبة وها هى ذى الصور الثلاث :

(الصورة الأولى) إذا أبرأته من المهر كله ، وكان ديناً ثابتاً فى الذمة لم تقبضه أو وهبته ثم حصل طلاق قبل الدخول . فقال أبو حنيفة والصاحبان ليس له أن يرجع عليها بشىء إذا لم تأخذ منه شيئاً ، وقال زفر : له أن يرجع بنصف المهر ، وإن كانت لم تقبض منه شيئاً .

والخلاف بين زفر وأئمة المذهب يدور حول أصلين مقررين فى الفقه الحنفى :

(الأصل الأول) أن تعدد السبب يترتب عليه تعدد الحق . والحقوق تتعدد باختلاف أسبابها . فوصول المهر بطريق الهبة غير وصول نصفه إليه بسبب الطلاق قبل الدخول ، فإذا حصلت هبة مهر وطلاق قبل الدخول فقد صار له حقان : المهر بالهبة ، ونصفه بالطلاق قبل الدخول . ولا يغنى أداء أحد الحقين عن وجوب الحق الآخر ، بل لابد من أدائهما معاً .

(الأصل الثانى) أن الإنسان إذا وصل إليه عين حقه فلا يبالى باختلاف السبب . فما دام الحق تعلق بشىء بعينه ، فإذا وصل ذلك الشىء إلى صاحب الحق ، فقد وصل إليه كل ماله من حق متعلق به . فإذا كان حقه فى براءة ذمته فإذا تمت تلك البراءة ، فقد وصل إليه عين حقه ، مهما تكن أسباب تلك البراءة . وإذا تعلق حقه بعين من الأعيان . فإذا آلت إليه تلك العين فقد تم

له كل الحق مهما يكن سبب الوصول (١) هذا أصل مقرر فى فقه أبى حنيفة ، كما أن الأول أصل مقرر فيه أيضاً .

لقد أخذ زفر فى هذه المسألة . (وهى هبة المهر الدين أو البراءة منه ثم الطلاق قبل الدخول) — بالأصل الأول (٢) فأوجب عليها النصف لأن السبب الذى وصل إليه المهر كله أولا كان بمقتضى الهبة أو الإبراء ، والسبب الذى جعل له الحق فى النصف هو الطلاق قبل الدخول وبتغاير السببين يختلف الحقان . فتعين أن تؤدى إليه النصف .

وأخذ أبو حنيفة والصاحبان بالأصل الثانى فقالوا : إن حق الزوج بالطلاق قبل الدخول فى مهر لم يقبض هو أن تسقط المطالبة بالنصف ، وقد سقطت تلك المطالبة بالإبراء أو الهبة ، فقد وصل إليه عين حقه فلا يبالى باختلاف السبب .

وقد اعتبر صاحب الهداية قول زفر قياساً ، واعتبر قول أئمة المذهب الثلاثة استحساناً . وقد طبق زفر الأصل الأول فى كل فروع هبة المهر ، وسقوط نصفه .

(الصورة الثانية) إذا قبضت نصف المهر ، ثم وهبت للزوج جميع المهر المقبوض وغير المقبوض أو أبرأته من المقبوض ووهبت المقبوض والمهر دين كالأول ، ثم طلقها قبل الدخول ، فمقتضى مذهب زفر أنه يرجع بالنصف أخذاً بالأصل الأول الذى ذكرناه (٣) آنفاً .

---

(١) فرع صاحب البحر على ذلك الأصل فروعاً كثيرة (منها) إذا وهب الغاصب الشىء المغصوب لصاحبه وقبضه ، فليس له أن يطالب بالمغصوب (ومنها) إذا باع بيعاً فاسداً وقبض المشترى المبيع ثم وهبه للبائع لا يضمن قيمته لحصول المقصود ، بخلاف ما لو وصل إليه المبيع من جهة غير جهة المشترى حيث لا يبرأ من الضمان ، لأنه لم يصل إليه من الجهة المستحق عليها (ومنها) مريض وهب عيناً هى كل ما يملك ، ثم وهبها الموهوب له للمريض لا يضمن الموهوب له شيئاً إذا مات المريض فى مرضه ، فلا يضمن ثلثى قيمتها أو أقل من ذلك ، (ومنها) أن المرتهن إذا أبرأ الراهن من الدين ، ثم هلك الرهن لا يضمن .. وهكذا .

(٢) ذكر صاحب البدائع لزفر وجها آخر غير الأصل الأول ، فقال : « وجه قول زفر أنها بالهبة تصرفت فى المهر بالإسقاط ، وإسقاط الدين استهلاكه ، والاستهلاك يتضمن القبض فكأنها قبضت ، ثم وهبت » .

(٣) ذلك ما ذكره كمال الدين بن الهمام فى فتح القدير .

أما أئمة المذهب فقد اختلفوا فيا بينهم . فقد قال أبو حنيفة : لا يرجع عليها بشيء كالصور السابقة ، وقال الصاحبان، يرجع عليها بنصف ماقبضت .

والخلاف بين الإمام والصاحبين فى هذه القضية يرجع إلى أصل مختلف فيه ، وهو أن الإبراء فى المهر يلتحق بأصل التسمية عند الصاحبين ، فإذا كان المهر مائة جنيه قبضت خمسين ، ثم أبرأته من الخمسين أو وهبتها له مع ما قبضت، فؤدى ذلك أن يصير المهر هو الخمسين فقط التى قبضتها، فإذا كان الطلاق قبل الدخول ، وجب أن يتنصف (١) ، أما أبو حنيفة فإنه لا يلحق الإبراء من المهر بأصل التسمية . فإذا كان المهر مائة جنيه قبضت خمسين ، ثم أبرأته من الأخرى أو وهبتها له مع ما قبضته ، فإن المهر يستمر مائة ، وقد وصل إليه بعضه بالهبة وبعضه بالإبراء ، فقد وصل إليه عين حقه فى ضمن ما يوصل إليه .

ووجهة الصاحبين فى إلحاق الإبراء بأصل التسمية أن المهر فى النكاح كالثمن فى البيع ، ونقص الثمن بعد العقد يلتحق بأصل العقد ، فيكون الباقى هو الثمن فكذلك المهر — الإبراء من بعضه يجعل الباقى هو المهر .

ووجهة أبى حنيفة أن البيع يبنى على المرابحة ، وقد تقع فيه المغابنة ، فيكون له حاجة إلى دفع الغبن بالحط من الثمن أو الزيادة عليه . فكان من الواجب أن يلتحق الحط والزيادة بأصل العقد ، ولاشيء من ذلك فى المهر ؛ لأنه مبنى على المسامحة ، فيعتبر الحط تبرعاً منها ، والزيادة كذلك منه ، وأيضاً لو كان الحط ملتحقاً بأصل العقد لوجب ألا يصح الإبراء إذا بقى من المهر أقل من عشرة دراهم ، لأن التسمية لا تجوز بأقل من عشرة دراهم ، وقد اتفق الجميع على جواز الحط من المهر ، ولو كان الباقى دون العشرة ، بل لو لم يبق شيء قط .

وإذا وهبت النصف وقبضت النصف فأبو حنيفة قال : لاشيء يرجع به،

---

(١) وكان التنصيف ، لأن ما وصل إليه بهبة المقبوض ليس عين حقه إذ أن ما وهب له هو مثله لا عينه .

لأنه قد وصل إليه عين حقه وهو براءة ذمته . وقال الصاحبان : له أن يرجع بنصف المقبوض ، لأنه الباقى من المهر .

وإذا كان المهر مائة قبضت منه ثمانين ثم وهبت الباقى ، فله أن يرجع عند أبى حنيفة بما يكمل النصف فيرجع الثلاثين ليصل إليه كل حقه ، إذا وصل إليه بعضه بالبراءة من عشرين وبقى أن يصل إليه الباقى فيرجع به ، وقال الصاحبان له أن يرجع بنصف المقبوض . لأنه المهر الذى يتنصف ، إذ أن ما لحقه الإبراء حط من أصل المهر .

وواضح أن هذا كله فى المهر المثلى المعروف بالوصف الذى يثبت فى الذمة .

(الصورة الثالثة) إذا تزوجها على مهر معين فقبضته ، أو لم تقبضه ووهبته له . ثم طلقها قبل الدخول ، لا يرجع عليها بشىء عند أبى حنيفة والصاحبين جريا على الأصل الذى أخذوا به ، وهو أنه قد وصل إليه عين حقه إذ حقه متعلق بشىء بعينه . وهو يستحق نصف المعين بالطلاق قبل الدخول ، وقد وصل إليه النصف بالهبة ، فوصل إليه عين حقه ، من غير نظر إلى سبب الوصول ، وكذلك الحكم إذا وهبت له نصفه .

ولقد اختلفت الرواية عن زفر ، فقيل : إن رأيه كرأى أئمة المذهب الثلاثة (١) ورجح الزيلعى فى التبيين أن رأيه أن يرجع عليها بقيمة النصف ، لأن اختلاف السبب يؤدى إلى اختلاف الحق على ما بيناه .

---

(١) المذكور فى البدائع وفى الغاية أن رأيه كرأى الأئمة الثلاثة ، ويكون قد طبق الأصل الذى يقول ، إن الحقوق تختلف باختلاف أسبابها على المهر الموصوف الثابت فى الذمة الذى لم يقبض ، بل لقد ذكر الكاسانى عنه فى البدائع أن الدراهم والدنانير إذا عينت بالتعيين تكون كالمهر المعين فلا يرجع بشىء ، فقال : « وقال زفر فى الدراهم والدنانير إذا كانت معينة فقبضها ثم وهبها ثم طلقها قبل الدخول أنه لا رجوع للزوج عليها بشىء ، بناء على أن الدراهم والدنانير عنده تتعين فى العقود ، فتعين فى الفسخ أيضاً كالقروض » ، وهذا النص يدل على أنه يوافق الأئمة فى المهر المعين ويزيد عليهم أن النقود تتعين بالتعين فى العقود ، ومثل هذا جاء فى الغاية ، ولكن انتقده كمال الدين بن الهمام ، ولذا جاء فى فتح القدير ، وفى الغاية قال زفر فى الدراهم والدنانير المعينة لا يرجع عليها بناء على أصله فى تعينها — وقد استبعد صحته لما علم من اشتراط اتحاد الجهة إلا أن تكون روايتان ؟ فهو ينتقده لأن شرط عدم الرجوع عدم اتحاد الجهة أى السبب . وهنا لم يتحد السبب .

هذ وقد اتفق الفقهاء فى مذهب أبى حنيفة على أنه إذا كان المهر مثليا معروفا بالوصف وقبضته كله ثم وهبته كله أو نصفه أو أقل من ذلك فله أن يرجع عليها بالنصف كاملا ، لأنه لم يصل إليه بالهبة عين حقه ، فلم يتحقق الأصل الذى بنى عليه أبو حنيفه والصاحبان سقوط حقه فى المطالبة بالنصف وزفر سار على أصله .

١٦٣ — المتعة : قلنا إنه يسقط نصف المهر إن كان هناك مهر مسمى وقت العقد لصريح الآية الكريمة ، ولكن لم نبين الحكم إذا لم يكن وقت العقد تسمية صحيحة ، إذ أنه فى هذه الحال يكون الواجب هو مهر المثل إن حصل دخول حقيقى أو حكمى ، وإذا لم يحصل دخول وجبت المتعة ، فهى إذن قائمة مقام نصف المهر ، وذلك لقوله تعالى : « ولا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن ، أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف ، حقاً على المحسنين » .

فالمتعة فى هذه الحال التى لا يجب فيها النصف تكون واجبة بنص الآية ، وذلك رأى جمهور الفقهاء ، وخالف مالك فقال ، إنها تكون مستحبة ولكن الآية واضحة فى الوجوب ، وخصوصاً أنها مقابلة لنصف المهر المصرح به بعد هذه الآية فى قوله تعالى : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ، وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » .

والمتعة بدل عن نصف المهر واجب الأداء فى هذه الحال ، وما يكون بدلا للواجب يكون واجباً .

والمتعة الواجبة عند الحنفية كسوة كاملة للمرأة ، ولقيمتها حد أعلى وحد أدنى ، وحدها الأعلى اللازم الأداء ألا تزيد على نصف مهر المثل وحدها الأدنى ألا تقل عن خمسة دراهم لأنها قائمة مقام نصف المهر ، ومهر من لم يسم لها مهر هو مهر المثل ، فيجب ألا تزيد المتعة على نصفه ، وإن زاد المطلق من تلقاء نفسه كان متبرعاً ، ويكون آخذاً بقوله تعالى : « ولا تنسوا الفضل بينكم » والمهر لا يجوز أن يكون أقل من عشرة دراهم ، فنصفه يجب ألا يقل عن خمسة ، فيجب ألا تقل المتعة القائمة مقام النصف عن خمسة .

وقد اختلف فقهاء المذهب الحنفى فى تقرير المتعة ، أتقدر حسب حال

الزوج أم تقدر حسب حال الزوجة ؟ قال أبو يوسف : تقدر حسب حال الزوج لقوله تعالى : « على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » فصريح الآية يجعل تقدير الكسوة على حسب حال الزوج . ولأنه هو الذى سيكلف هذه الكسوة ، ولا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها . فإذا كان معسراً ، وكانت موسرة وكلف أن يكسوها بما يليق بمثلها فقد كلف مالا يطيق ، وذلك ما ينزه عنه الشارع الحكيم .

وقال بعضهم إن المعتبر حالها لأن الله سبحانه وتعالى قال فى التعقيب على الآية الكريمة « متاعا بالمعروف » وليس من المعروف أن تعطى الغنية ذات الثراء العظيم كسوة خشنة لا تليق بمثلها . ولأن المتعة قائمة مقام نصف مهر المثل ، ومهر المثل يقدر بمهر مثلها من أسرتها ، فيعرف من جانبها ، فتكون المتعة مثله تقدر بحالها ، وهؤلاء مع قولهم : إن الواجب ملاحظة حالها يقولون : إن المستحب ملاحظة حاله .

وقال بعضهم : إن المعتبر حالهما معاً ، لأن الله تعالى فى الآية الكريمة قد اعتبر أمرين : (أحدهما) حال الرجل فى يساره وإعساره ، فقال تعالى « على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » ،

(وثانيهما) أن يكون مع ذلك بالمعروف ، فقال تعالى : « متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين » فبملاحظة هذين الأمرين تجب ملاحظة حالهما .

١٦٤ — والمتعة (١) عند الشافعى واجبة لكل مطلقة مدخول بها ، ولو كان لها مهر مسمى بعد الدخول أو قبله لقوله تعالى : « وللمطلقات متاع بالمعروف ، حقا على المتقين » ولأن الله سبحانه وتعالى أوجب أن يكون

---

(١) المتعة عند الشافعى فى تقديرها قولان :

(أحدهما) أنها شىء نفيس يعطيه الزوج الزوجة تطييباً لها ، ويكون حسب المعروف اللائق به .

(الثانى) أن المتعة ثلاثون درهما ، وقال أحمد بن حنبل ، المتعة تقدر بحسب حال الرجل من يسار وإعسار ، وأعلاها رقبة وأوسطها كسوة ، وهى دروع أى قميص ، وخمار ، وملحفة وهو المروى عن ابن عباس رضى الله عنهما ، فقد قال : (أرفع المتعة الخادم ، وأوسط المتعة الكسوة ، وأدناها النفقة) .

التسريح بإحسان عند الطلاق ، والمتعة من التسريح بإحسان .

أما الحنفية ، فالمتعة عندهم لها ثلاث أحوال عند الطلاق ، كما ذكر الزيلعي :

(أولاها) أن تكون واجبة ، وذلك عند الطلاق قبل الدخول إذا لم يسم لها مهراً ، ومر ما ذكرناه أولا .

(وثانيتها) أن تكون مستحبة ، وذلك إذا طلقها بعد الدخول ولم يسم لها مهراً ، وقد وجب مهر المثل ، لأن ذلك من التسريح بإحسان .

(والثالثة) سنة مؤكدة ، وهي التي تكون إذا طلقها بعد الدخول ، وقد سمى لها مهراً ، لأن ذلك من التسريح بإحسان كما قلنا ، وترى أنه قد كان فرق بين الحال السابقة وهذه في كون الطلب هنا سنة مؤكدة ، ووجه ذلك الفرق أن مهر المثل في الأولى قريب في معناه من المتعة فكان طلبها مستحبا .

أما الثانية : فالتسمية جعلت المهر بعيداً عن معناها ، فكانت سنة .

١٦٥ — المتعة كما علمت قائمة مقام نصف المسمى وقت العقد ، كلاهما يكون في الطلاق قبل الدخول ، وقبل الخلوة ، وقد أشرنا إلى ذلك فيما مضى ، والآن نبين أنواع الفرقة التي توجب نصف المسمى أو المتعة إذا كانت قبل الدخول الحقيقي والحكمي ، وهي :

(أ) الطلاق بكل أنواعه ، أي سواء أكان على مال أم لم يكن ، وسواء أكان بايقاع الزوج أم بايقاع القاضي ، إذا ثبت لدى القاضي ما يوجب التطليق ، كالتفريق للعيوب ، أو للضرر أو عدم الإنفاق ، لأن طلاق القاضي في هذه الأحوال يتولاه بالنيابة القانونية عن الزوج ، إذ هو لرفع الظلم وهو يلجأ إليه عندما يتعين التطليق رافعا للظلم ، وقد كان الواجب على الزوج أن يطلق في هذه الحال ، فلما لم يفعل قام القاضي مقامه ليرفع ظلمه كالمدين المماطل يبيع القاضي ماله لأداء ديونه نيابة عنه ، ولأن البيع تعين طريقاً لرفع الظلم ، فالطلاق في هذه الحال وإن كان بطلبها ، وتولى القاضي إيقاعه يوجب المتعة ، أو نصف المسمى وقت العقد .

(ب) كل فرقة اعتبرت طلاقا كاباء الزوج الإسلام إذا أسلمت زوجته

فانه فى هذه الحال يعتبر إباؤه طلاقا على خلاف فى ذلك . فاذا كان قبل الدخول الحقيقى والحكمى أوجب نصف المسمى وقت العقد ، أو المتعة ، ومن ذلك ردة الزوج عند محمد ، فانها تكون طلاقا عنده . وتحتسب من عدد الطلقات حتى إنها عنده لو كانت بعد طلقتين ، وكانت الثالثة ، فلا تحل له إذا تاب إلا بعد أن تتزوج زوجاً آخر .

(ج) كل فرقة اعتبرت فسخا ولم تحتسب من عدد الطلقات ، ولكن بمعصية من الزوج ، ولم تكن فى سبيل استعمال حق أعطاه الشارع إياه ، ومن ذلك ردته على مذهب الشيخين أبى حنيفة وأبى يوسف ، فإنها لا تحتسب من الطلقات التى يملكها ، حتى إنه لو تاب وجدد عقد الزواج ملك الحل الأول كاملا .

ومن ذلك أن يفعل بأصول زوجته أو فروعها ما يوجب حرمتها عليه على التأبيد ، فقد علمت فيما مضى أن الدخول يوجب حرمة المصاهرة . كالعقد عند الحنفية ، وقد بينا ذلك عند الكلام فى المحرمات .

ففى هذه الأحوال يجب نصف المهر عند التسمية كما تجب المتعة عند التسمية وقت العقد .

سقوط المهر

١٦٦ — قلنا : إن المهر إذا لم يحصل دخول حقيقى أو حكمى هو عرضة للسقوط كله أو نصفه ، وقد بينا الأحوال التى يسقط فيها النصف ، والآن نبين الأحوال التى يسقط فيها كله .

يسقط المهر كله إذا حصلت الفرقة قبل الدخول الحقيقى والحكمى فيما يأتى :

(أ) إذا كانت الفرقة من جانب الزوج ، وكانت فسخاً لاستعمال حق شرعى أعطاه الشارع إياه ، وهو الفسخ بخيار البلوغ ، أو خيار الإفاقة ، فانه فى هذه الحال يسقط المهر غير المؤكد بدخول حقيقى أو خلوة ، وذلك لأن هذا الفسخ كنقض للعقد من أصله ، وإذا كان النقد للعقد من أصله فانه لا تترتب عليه التزامات ما لم يحصل دخول كما ذكرنا ، واعتبر ذلك الفسخ

كالنقض للعقد من أصله ، لأن سبب الفسخ أمر يتصل بانشاء العقد، فاذا حصل الفسخ فقد عاد على أصل العقد بالنقض ككل فسخ يتصل بالرضا بالعقد لمن يلزم رضاه به .

وإننا لو أوجبنا نصف المهر بخيار البلوغ أو الإفاقة لم يكن لذلك الخيار فائدة بالنسبة للزوج ، إذ له أن يطلق فى أى حال ، وإنما ثمرة إعطائه حق الفسخ تكون فى ألا يجب عليه شيء من المهر ، إذا لم يكن دخول ، أما بعد الدخول فان المهر يجب لأجله إذ هو يجب فى الدخول فى العقد الفاسد فأولى أن يجب فى نكاح صحيح .

(ب) وإذا كانت الفرقة فسخاً من جانب المرأة ، وكانت بمعصية منها كردتها وإبائها الإسلام ، إن كانت مشركة وأسلم زوجها ، أو أن يكون منها بأحد أصوله أو فروعه ما يجب حرمتها عليه ، فانه فى هذه الحال لا مهر لها مالم يؤكد المهر بدخول أو خلوة ، لأن المعصية لا توجب حقاً ، ولأن الفسخ جاء من جانبها ولم يكن ذلك بسبب منه ، كالطلاق للضرر ونحوه ، وإذا كانت من جانبها فانه لا مهر .

(ج) إذا كانت الفرقة من جانبها وكانت استعمالا لحق شرعى ، وكان ذلك يعد كنقض للعقد من أصله كاختيارها نفسها بالبلوغ أو الإفاقة أو العتق (١) فانه لا يجب شيء من المهر إذا لم يكن مؤكداً ، لأن هذه الفرقة كنقض للعقد من أصله فوق أنها جاءت من جانبها بغير سبب من الزوج ، فلا تستحق معها شيئاً من المهر غير المؤكد فيسقط كله .

ومن هذا النوع الفسخ بسبب عدم الكفاءة عند من يعتبر العقد مع عدمها غير لازم بالنسبة للولى — إذا طلب الولى ذلك ، والفسخ الذى يطلبه الولى ، إذا كان المهر أقل من مهر المثل ، لأن هذا الفسخ كالنقض للعقد من أصله ، وفوق ذلك هو من جانب المرأة ، فلا يجب معه شيء من المهر غير المؤكد .

---

(١) خيار العتق أن يكون للزوجة حق الفسخ إذا كانت أمة ، فزوجها مولاها ، ثم أعتقت، فالعتق يجعل لها حق الفسخ وهو كخيار البلوغ ، إلا أن الفسخ بخيار لا يحتاج إلى قضاء وتعذر بالجهل به، بخلاف الفسخ بخيار البلوغ فى الأمرين وقد ذكر صاحب البدائع السبب —

والضابط العام لكل فرقة يسقط بها المهر غير المؤكد بدخول أو خلوة أنها الفرقة التي تكون كالنقض للعقد من أصله من أي جانب كانت ، من جانب الزوج أو جانب الزوجة ، والفرقة التي تكون من قبل الزوجة من غير سبب يكون في الزوج .

هذا هو سقوط المهر الذي حكم به الشرع ، وهذه هي الفرق التي تثبته وقد يسقط المهر باسقاطها إذا أبرأته قبل الدخول ، أو وهبته له ، في هذه الحال يسقط المهر ، ولكن باسقاطها له ، وهو خالص حقها ، لا بحكم الشارع بالسقوط .

ملكية المهر وقبضه وزيادته ونقصانه

١٦٧ — ملكية الزوجة للمهر تثبت بعقد الزواج الصحيح ، كما أشرنا سواء أكانت هناك تسمية له عند العقد أم لم يكن ثمة تسمية ، لأن العقد سبب وجوب المهر ، فينشأ الوجوب عقبه بلا تراخ بينهما ، وإذا كانت ثمة تسمية كانت الملكية للمسمى ، وإن لم تكن تسمية ثبت حق الزوجة في مهر المثل .

وإذا كان العقد الصحيح يوجب المهر ، ويجعله حقاً للزوجة من وقت إنشائه فإنه لا حاجة في ثبوت الملكية إلى القبض ، ولكن إذا كان المهر مثليا

= في أن الفسخ بخيار العتق والبلوغ يسقط المهر غير المؤكد، فقال : الفرقة بالخيارين جميعاً تكون فرقة بغير طلاق ، بل تكون فسخاً حتى لو كان الزوج لم يدخل بها فلا مهر لها ، أما في خيار العتق فلا شك فيه لأن الفرقة وقعت بسبب وجد منها ، وهو اختيارها نفسها ، وكذلك في خيار البلوغ إذا كان من له الخيار هو المرأة ، فاختارت نفسها قبل الدخول بها كما قلنا ، وأما إذا كان من له الخيار هو الغلام فاختار نفسه قبل الدخول بها فلا مهر لها أيضاً ، وهذا فيه نوع إشكال . لأن الفرقة جاءت من قبل الزوج ، فيجب أن تكون فرقة بطلاق ، ويتعلق بها نصف المهر والانفصال، إن الشرع أثبت له الخيار ، فلا بد أن يكون مقيداً ، ولو كان ذلك طلاقاً ووجب عليه المهر لم يكن لإثبات الخيار معنى ، لأنه يملك الطلاق ، فإذن لا فائدة في الخيار إلا سقوط المهر ، وإن كان قد دخل بها لا يسقط المهر لأن المهر قد تأكد بالدخول ، فلا يحتمل السقوط بالفرقة كما لا يحتمل السقوط بالموت ، ولأن الدخول استيفاء منافع البضع وأنه أمر حقيق فلا يحتمل الارتفاع من الأصل بالفسخ ، بخلاف العقد فإنه أمر شرعي فكان محتملا الرفع بالفسخ ، ولأنه لما استوفى المنافع فقد استوفى المعقود عليه وهو البدل فلا يسقط البدل » اهـ . المراد منه باختصار .

معرفا بالوصف ، غير معين بالتعيين ، ولم يقبض ، كان دينا فى الذمة واجب الأداء فى ميقاته ، وإن كان معينا فان الملكية تثبت فيه من غير توسط ذمة .

ولكن ملكية المهر غير متقررة ثابتة قبل أن يؤكد بأى مؤكد من مؤكداته كما نوهنا ، بل تقبل السقوط فى نصفه أو كله ، والمهر ما لم يقبض يكون ضمان الزوج حتى يسلمه إليها .

١٦٨ — قبض المهر : وإذا كان المهر حقاً للزوجة خالصا فلها قبضه بمجرد العقد ما لم يكن ثمة شرط لتأجيله أو بعضه ، أو عرف جرى بتقديم بعضه وتأجيل الآخر ، والذى يتولى القبض هو الزوجة نفسها أو وكيلها إذا كانت بالغة عاقلة رشيدة ، فان كانت محجوراً عليها حجراً مالياً كأن كانت سفيهة أو مجنونة ، فولاية قبض المهر لمن له عليها ولاية مالية ، وإن كان غير وليها العصبى . فاذا كانت الزوجة محجوراً عليها لعته ووليها العاصب (١) عمها ولها وصى من قبل المحكمة المختصة غير عمها . فان عمها هو الذى يتولى زواجها ولا يقبض المهر ، بل الذى يقبضه هو الوصى المعين من قبل المحكمة .

وذلك لأن قبض المهر ، وقد صار مستحقاً لها إنما هو عهد إليه بالمحافظة على أموالها وإدارتها .

أما الرشيدة فقد قلنا : إنها تتولى القبض بنفسها ، أو بمن تأذنه بالقبض إذنا صريحا أو إذنا ضمنيا ويكون قبضه بالنيابة عنها ، ومن الإذن دلالة قبض الأب أو الجد الصحيح مهر البكر ، إذا لم تنهما عن القبض .

وذلك لأن البكر تستحى من المطالبة بنفسها كما تستحى من التكلم بالنكاح فجعل سكوتها عند قبض الأب أو الجد رضا بقبضهما ، وإذنا لهما بذلك ، لأن الظاهر إذا لم يكن نهى صريح أنها ترضى بذلك القبض إذ هما فى الغالب يقبضانه ، ويجهزانها جهازا يليق بها ، ويضمان إليه فى سبيل ذلك أضعافه ،

---

(١) الولاية على المال عند الحنفية لا تكون للولى العاصب دائماً ، بل الولاية على المال للأب ثم وصيه . ثم الجد ثم وصيه ، ثم القاضى (محاكم الأحوال الشخصية الآن) فالأب والجد وليان على النفس والمال ، وغيرهما من العصبات ولى على النفس فقط ولا يكون ولياً على المال إلا بوصاية ، والولى المالى يدير المال ويحفظه ، والولى العاصب يزوج ، لأن الزواج يعود عليه بالفخار والعار .

وليس كذلك غير الأب والجد من الأولياء فلا يعتبر سكوتها إذنا لغ هما ، وإذا نهت أباها أو جدها عن القبض لا تبرأ ذمة الزوج بالتسليم إلى واحد منهما

وإذا كانت البالغة الرشيدة ثيبا لا يعتبر السكوت منها عند القبض إذنا ، أياً كان القابض ، لأن السكوت منها لا يعتبر رضا بالعقد فأولى ألا يعتبر رضا بالقبض ، فلا تبرأ ذمة زوجها ، إلا بتسليمها أو تسليم من توكله توكيلا لا مجال للريب فيه .

ويلاحظ أن الوكيل بالزواج ليس وكيلا يقبض المهر »، لأن الوكيل بالزواج سفير ومعبر ، فليس عليه أن ينفذ أى حكم من أحكام العقد ، والمهر حكم من أحكامه ، ولأن الولى العاصب مع ماله من ولاية ليس له أن يقبض ، فغيره ليس له كذلك بالأولى .

١٦٩ — وقد قلنا ، إن المهر يلزم قبضه وقت العقد ، وإذ كان الحق يثبت فيه من وقته ، بل قد يكون مؤجلا بشرط أو عرف ، وفى هذه الحال لا يلزم الزوج إلا بتسليم ما اشترط تعجيله بالشرط ، أو ما عرف تعجيله بالعرف ، فإن قدم ذلك وجبت الطاعة من جانبها ، فإن لم يقـــدم ما وجب تعجيله ليس له عليها حق الطاعة فإن امتنعت عن الانتقال إلى بيته ، فقد امتنعت بحق شرعى ، ويستمر ذلك لها إلى أن يسقط حقها فى التقديم ، فإن سقط ذلك الحق بإسقاطها ، فليس لها أن تمتنع من بعده .

ولكن إن لم يقدم لها معجل الصداق ، ثم دخل برضاها أو اختلى بها كذلك ، فهل لها أن تمتنع بعد ذلك ؟ قال الصاحبان : ليس لها ذلك ، لأنها برضاها بالدخول أو الخلوة الصحيحة قامت بتنفيذ أحكام العقد من جانبها من كل الوجوه راضية ، فكان ذلك أمارة إسقاطها حقها فى طلب معجل المهر قبل الدخول ، فيسقط حقها فى الامتناع حتى يقدمه ، والساقط لا يعود .

وقال أبو حنيفة : لها ذلك ، وحجته أن أحكام الزواج من جانبها لا تستوفى دفعة واحدة ، بل هى مستمرة الاستيفاء ، ما دام العقد قائماً ثابت الأحكام ، فرضاها بعشرته من غير تقديم ما يجب تقديمه من المهر إسقاط لحقها فى منع نفسها فى الماضى ولكن لا يعد إسقاطاً لحقها فى المستقبل . كمن ترضى بالعشرة من غير إنفاق زمناً لا يعد ذلك إسقاطا لحقها فى النفقة القابلة

وأيضاً فإن رضاها بالعشرة من غير تقديم المهر قد يكون لرجاء أن يعجل بالدفع ، فإذا ضاع رجاؤها يكون لها الحق فى متع نفسها .

١٧٠ — وهناك مسألة هى موضوع خلاف الفقه الحنفى ، وهى ما إذا اشترط فى العقد تأجيل المهر كله إلى وقت معلوم أتجب عليها الطاعة ؟ قال أبو حنيفة ومحمد : تجب عليها الطاعة ، لأنها بقبولها شرط التأجيل فى المهر كله قد رضيت بإسقاط حقها فى تعجيل المهر ، أو تعجيل بعضه المعروف تعجيله عرفا ، وليس ثمة دليل على أن الزوج قد رضى بإسقاط حقه فى طلب الطاعة . وتنفيذ حقوقه التى له بمقتضى العقد .

وقال أبو يوسف لها أن تمنع نفسها ، حتى يحين وقت تسليم المهر طال الأمد أو قصر ،وحجته أن حق المرأة فى المهر يتقدم على تنفيذ ما للزوج قبلها من حقوق . فلما اشترط تأجيل المهر كله إلى أجل معلوم ، فقد رضى ضمناً بتأجيل حقه فى طاعتها إلى ذلك الوقت ، وهى ما قبلت تأجيل المهر كله ، إلا على ذلك الأساس . والحقوق فى الزواج متقابلة ، فحق الطاعة يقابل المهر والنفقة ، فإن اشترط ألا تقبض مهرها إلى وقت معلوم أو أن لا نفقة لها فلا طاعة عليها ، إن لم تكن نفقة ومهر ، وليس الأمر كذلك إذا عجل بعضه ، لأن قبولها المعجل إسقاط لبعض حقها ، وفيه دليل على أنه لم يرض بتأجيل الطاعة إلى وقت الأداء ، وإلا ما كان ثمة فائدة فى التعجيل . والعرف جار بتقديم بعض المهر ، وتأجيل بعضه .

وإذا حل الأجل ، ولم يسلمها المعجل من المهر المعروف بالعرف فالخلاف بين أئمة المذهب قائم . وظاهر أن ذلك الخلاف إذا أجل المهر إلى أجل معلوم ، ولم يؤجل إلى أبعد الأجلين : الطلاق . أو الوفاة ، فإنه فى هذه الحال لا حق لها فى الامتناع ، لأن التأجيل فى هذه الحال لا يتضمن تأجيل الطاعة اتفاقا ، وإلا كان مناقضاً لمقتضى العقد ، فلا يصح ، ولا سبيل لجعله متلائماً مع العقد إلا بفرض تعجيل الطاعة ، وتأجيل المهر .

١٧١ — ولقد قررنا أن الملكية تثبت فى المهر المعين فى عينه بمجرد العقد ، أما غير المعين فتكون ديناً فى الذمة إلى أن يقبض ، وإذا كانت

الملكية تثبت فى عين المعين بمجرد العقد ولو لم يتم قبض ، وقد يسقط المهر أو بعضه ويزيد مع ذلك المهر أو ينقص ، فقد اختص المهر المعين بالتعيين ببعض الأحكام بسبب زيادته أو نقصانه .

وخلاصة هذه الأحكام أنه إذا زاد المهر فى يد الزوج ثم تأكد استحقاقها له بالدخول أو الخلوة أو الموت فإن الزيادة تثبت حقاً للزوجة ، ما فى ذلك من شك ، وذلك لأن هذه الزيادة نماء ملكها أو ثمرته ، فيتبع الملك ، اللهم إلا إذا كانت الزيادة ليست نماء ولا ثمرة ولا غلة ، كزيادة بناء أو شجرة فإنها تكون لمنشئها ، ويكون حكمها حكم ما يبنى أو يغرس أو يزاد زيادة متصلة فى غير ملك صاحبه .

وهذا الحكم شامل عام أى سواء أكانت الزيادة قبل القبض أو بعده .

وإذا حصل نقص فى العين بعد القبض وتأكد المهر فقد حصل وهو ليس فى ضمان أحد سواها ، فيكون ككل نقصان فى عين مملوكة لصاحبها وهى فى حيازته .

أما إذا حصل النقص قبل القبض ، وقد تأكد المهر ، ولم يعد ثمة احتمال لسقوطه أو سقوط بعضه ، فلذلك أحوال ثلاث :

أولا — أن يكون النقص بآفة سماوية ، فإن كان يسيراً يغتفر ، لأنه يعتبر كلا نقص ، وإن كان فاحشاً فإن الزوجة تكون مخيرة بين أن تأخذ العين ناقصة ، أو تأخذ قيمتها كاملة ، لأن المهر هو هذا الشىء المعين وقد تغير بذلك النقص ، فحق لها أن تأخذ قيمته ، لأنه إذا تعذر تسليمه بعينه كاملا وجبت قيمته ، ولكن إذا رضيت بأخذه ناقصاً أخذته ، لأن إيجاب القيمة للمحافظة على حقها الكامل فإن رضيت بالناقص ، فلها ما ترضى به ، وتأخذ العين ولا يضمن الزوج النقصان لأنه لم يكن منه تعد ، فلا يضمن شيئاً .

ثانياً — أن يكون النقصان بسبب فعل أجنبى ، فالزوجة بالخيار بين أن تأخذ من الزوج القيمة ، وبين أن تأخذ العين ، لأنه بالنقصان تغيرت العين ، فجاز لها أن تطلب من الزوج قيمتها ، إذا تعذر تسليم عينها كاملة ، وإن ارتضت أخذها ناقصة فلها حينئذ أن تضمن الأجنبى عوض النقص ، لأنه معتد ، فحق عليه الضمان .

وفى حالة أخذها القيمة يكون للزوج أن يضمن الأجنبي عوض النقصان ، وجاز فى هذه الصورة تضمين عوض النقصان ، لأن ثمة اعتداء فعلى المعتدى ضمان ما نقصه ، وفى الصورة الأولى لم يكن ثمة معتد ، فلا ضامن للنقص .

ثالثها — أن يكون النقصان بفعل الزوج فهناك روايتان ، إحداهما ظاهر الرواية ، وتجعل الحكم كحال النقصان بفعل أجنبي فللزوجة أن تأخذ العين ، وتضمنه قيمة النقص ، لأن النقص كان باعتداء من الزوج فصح أن تضمنه إياه ، والرواية الأخرى أنه يكون كالحال عندما يكون النقص بآفة سماوية ، أى أنها تخير بين أخذ العين ناقصة ، أو أخذ قيمتها كاملة ، من غير تعويض للنقص عندما تختار العين ، ووجهة هذه الرواية أن المهر المعين مضمون فى يد الزوج ضمان العين المبيعة فى يد البائع قبل التسليم ، وهو لا يضمن تعويض النقصان فكذلك هنا .

ويلاحظ أمران :

أحدهما : أن الحكم المذكور فى هاتين الصورتين الأخيرتين هو فى حال ما إذا كان النقص فاحشاً ، أما إذا كان يسيراً فلا سبيل لرد العين ، إنما لها فقط أن تأخذها وتضمن النقصان ، لأن النقصان اليسير لم يغير العين تغيراً جوهرياً حتى ينتقل الوجوب من العين إلى القيمة ، إذ يتعذر أداؤها ، ولكن لأنه نقص بسبب اعتداء وجب تعويضه .

ثانيهما : أن القيمة الواجبة الأداء ، إن اختارتها هى — فى كل الصور السابقة — القيمة وقت العقد ، لأنه وقت الوجوب .

١٧٢ — هذا هو حكم الزيادة والنقص فى المهر إذا حصل قبل القبض أو بعده ، وقد تأكد المهر ، أما الحكم إذا كانت الزيادة فى المهر أو النقص فيه ، ولم يؤكد المهر بل سقط بعضه ، أو سقط كله ، فإن لذلك تفصيلا نذكره ، ولنبدأ بأحكام الزيادة :

(أ) إذا زاد المهر زيادة متصلة ليست متولدة ولا نماء ، ولكنها بفعل شخص كالبناء والغراس فإنها تكون لمن أنشأها ، إذا كان غير المالك ، أو كان المالك . فإن كانت الزوجة فهى لها ، ولو سقط المهر كله أو سقط نصفه ، وكذلك إذا كان البانى هو الزوج فهى له ، سقط المهر أو نصفه أو تأكد كما بينا .

(ب) إذا كانت الزيادة نماء للعين متصلة بها كالسمن أو منفصلة عنها كالنتاج ، وحدثت قبل القبض ، فإن كان الطلاق قبل الدخول بها تنصف ، لأنها تابعة للعين وملكيتها الثابتة بالعقد لم تتقو ، فتكون العين وزيادتها لهما معاً ، ولأن كونها نماء لها أو متولدة منها يجعلها كالجزء منها .

وإن حدث ما يسقط المهر كله وكانت الزيادة حدثت قبل القبض ، فإنها تكون كلها للزوج تبعاً للمهر ، إذ صار كله بحدوث ما يسقطه ، ولم تكن قد تقوت ملكيتها بالقبض الاختيارى .

وإن حدثت الزيادة بعد القبض والطلاق قبل الدخول وبعد حكم القاضى بتنصيف المهر ، فإنها تكون أيضاً تابعة للمهر ، تنصف بتنصفه ، لأنها حدثت على ملكهما الذى حكم به القضاء ، وكذلك إذا كان قد حدثت الزيادة بعد وجود المسقط للمهر كله بحكم القاضى ، فإنها تكون كلها للزوج ، لأنها حدثت فى ملكه وحده ، لأن ملكيتها قد زالت بوجود المسقط للمهر كله .

وإن حدثت هذه الزيادة بعد قبضها ، وقبل سقوط نصف مهرها بحكم القاضى ، أو سقوط المهر كله ، فإن كانت متصلة فإنها تكون كلها للمرأة ، ولا تنصف فى حال سقوط نصف المهر ، ولا تكون ملكا للزوج فى حال سقوطه كله ، وهذا كله عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، لأن الزيادة حدثت فى ملكها الذى تقوى بالقبض الاختيارى ، وإن كان قابلا للسقوط كله أو بعضه ، وإذا كانت الزيادة ملكا لها ، فإن الزوج يكون له رد نصف القيمة إن كان المسقط قد أسقط النصف فقط ، وإن كان الساقط هو كل المهر ، فإنه يسترد القيمة كلها .

وقال محمد : إن الزيادة تكون تابعة للمهر ، كالحال قبل القبض ، لأن القبض عنده لا يزيد حقها ما دام المهر لم يؤكد ، وهو قابل للسقوط فينتصف كالمهر إن نصف ، وتكون ملكا للزوج إن سقط المهر كله .

وإن كانت الزيادة متولدة منفصلة كالنتاج ، وقبض المهر ثم حصلت الزيادة بين القبض وما يسقط نصف المهر ، فإن الزيادة كلها تكون ملكا للزوجة خلافاً لزفر ، لأنها ملكت الصداق بالعقد ، وقوى ملكها بالقبض اختيارا ، فما حدث من نماء قبل المسقط فهو ملكها ، وخالص لها ، إذ لا يعد

جزءاً من المهر ، وما قبضته فى ضمن ما قبضت ، ولكن هذه الزيادة لها شبه بجزء المهر ، فإنه إن سقط نصف المهر يجب به نصف القيمة ، لا نصف العين ، لما ذكرناه ، ورأى زفر أن الزيادة والعين يرجعان إلى الزوج فى هذه الحال الأخيرة ، لأن العقد قد نقض من أصله ، وإذا نقض العقد من أصله ، فسبب ملك المهر قد زال ، وزال ملك من ما كان ثمرة له ، فتعود الزيادة والمهر إلى الزوج ، وهذه رواية عن أبى يوسف رواها عنه ابن سماعة ، والقيمة المعتبرة هى القيمة وقت الزيادة فى الصور التى وجبت فيها القيمة ، ووقت الزيادة هو الوقت الذى تعذر فيه رد العين .

(ح) وإن كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من العين ، كأجرة الحيوان وغلة الدار ، فان حدثت فى يد الزوج فهى له ، وإن حدثت فى يد الزوجة فهى لها ، لأن هذه منافع ، والمنافع لا قيمة لها ، ولا تضمن إلا بالعقد عند الحنفية .

هذه أحكام الزيادة عند تنصيف المهر ، أما أحكام النقصان ، فإن كان يسيراً فلا يلتفت إليه عند النقص بآفة سماوية ، وتقسم العين كما هى من غير نظر وراء ذلك ، لأن النقص اليسير مغتفر بمقتضى أحكام الشريعة العامة المقررة .

وإن كان فاحشاً ، فإن كان قد حـــدث فى يد الزوج بآفة سماوية لها الخيار بين أن تأخذ النصف كما هو من غير تعويض عن النقص ، وبين أن تأخذ نصف القيمة وقت العقد ، لأن نقصان القيمات كنقصان الأوصاف لا يضمن إلا عند التعدى ، ولا تعدى هنا ، ولكن حقها ثابت فى الكامل ، وتعذر تنفيذ الكامل ، فإما أن تأخذ مع النقص ، وإما أن تأخذ بدل الكامل ، وهو نصف القيمة وقت العقد ، لأنه وقت استحقاقها المهر .

وإن كان النقصان بفعل الزوج أو بفعل أجنبى ، فإن حقها يكون نصف القائم ، ويكون لها نصف قيمة النقصان تعدى على الأجنبى أو على الزوج فى حال تعدى الأجنبى ، وعلى الزوج وحده فى الأولى ، وإن حدث بفعل الزوجة فلها نصف القائم فقط .

وإن كان النقصان قد حدث فى يد الزوجة ، فإن كان بآفة سماوية أو بفعل

المرأة ، فللزوج الخيار بين أخذ النصف ناقصاً ، أو أخذ نصف قيمة العين كلها ، وتقدر القيمة وقت قبضها ، لأن الضمان كان عليها من ذلك الوقت .

وإن كان بفعل أجنبي ، فإن كان النقصان قبل الطلاق ، فليس له إلا نصف القيمة ، لأنه بالطلاق حقه تعلق بها ، لعدم إمكان تعلقه بالعين ، وتعتبر القيمة وقت القبض . وإن كان النقصان بعد الطلاق ، فله نصف الباقي من المهر . وله الخيار بين أن يتبع الأجنبي بنصف النقصان وبين أن يتبع الزوجة ، كما لو نقص في يده بفعل أجنبي .

ضمان المهر

١٧٣ — متى وجب المهر المثلي المعروف بالوصف كان ديناً يصح أخذ كفيل به ، ومن المقرر أن الكفالة عقد تبرع بالنسبة للكفيل ، لأنها التزام بما ليس بلازم عليه ، ولا مقابل له ابتداء ، وإن كان الكفيل قد يرجع على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره عند الحنفية ، وله الرجوع مطلقاً عند المالكية ، فإن ثبوت حق الرجوع لا يمنع أن الكفالة تبرع من وجهين :

(أحدهما) أن الكفالة تقتضي أن يطالب الكفيل بما لم يكن مطالباً به من قبل ، وإلزام النفس بما ليس بلازم تبرع .

(وثانيهما) أنه إذا أدى الدين عن المكفول عنه ، وثبت له حق الرجوع عليه ، فقد يذهب دينه بالتقوى ، إن أفلس الأصيل ولم يمكنه الأداء .

وإذا كانت الكفالة في ابتدائها تبرعاً ، فهي تبرع للمكفول له ، وهو الدائن ، وهي الزوجة في كفالة المهر ، وللمكفول عنه وهو المدين ، وهو هنا الزوج ، ووجه كونها تبرعاً للمكفول له ، هو أن الأداء كان له ، فالغنم قد آل إليه ، ووجه كونها تبرعا للمكفول عنه ، أنه سدد ديناً كان واجباً عليه دون سواء .

فالكفالة بالمهر إذن تبرع للزوجة ، وهي المكفول له ، وتبرع للزوج ، وعلى ذلك إذا كان الكفيل صحيحاً غير مريض مرض الموت ، وقت الكفالة ، فهي صحيحة لازمة أياً كان مقدارها ، وأياً كان المكفول له ، والمكفول عنه .

وإن كان الكفيل وقت الكفالة مريضاً مرض الموت فتبرعه يعتبر وصية على ما هو مقرر فى الفقه الإسلامى ، وعلى ذلك يكون مقيداً بالثلث فى تركته ، فإن كان المهر أقل من الثلث ، فالضمان سائر على مقتضى ما اتفقا عليه ، وإن كان أكثر من الثلث ، فالضمان لا يكون إلا فيما يساوى الثلث فقط ، لأن الوصية لا تنفذ فى أكثر من الثلث ، إلا بأجازة الورثة ، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الزوج والزوجة من ورثته ، أو لم يكونا ، لأن القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ المنظم لأحكام الوصية لم يمنع الوصية لوارث ، وجعل الوصية لوارث كالوصية لأجنبى ، كلاهما لا ينفذ إلا فى الثلث . فإذا كان التبرع فى مرض الموت يأخذ حكم الوصية فبمقتضى القانون لا يفرق بين التبرع فى مرض الموت لوارث وغيره .

والعمل قبل هذا القانون كان يسير على أساس المذهب الحنفى ، وهو كجمهور فقهاء المسلمين لا يجيز الوصية لوارث إلا بإجازة الورثة ، ولذلك كان يفرق بين ما إذا كانت الزوجة أو الزوج من ورثة الكفيل المريض مرض الموت أو لم يكن كلاهما من ورثته .

فإذا كان أحدهما من ورثته ، كأن يكون أبا الزوج أو أبا الزوجة ، فالكفالة لا تنفذ أياً كان مقدارها إلا بإجازة الورثة ، لأن التبرع فى المرض يأخذ حكم الوصية ، والوصية لوارث لا تنفذ إلا بإجازة الورثة كما علمت .

أما إذا كان كلا الزوجين ليس من ورثته ، فإنها تنفذ من غير حاجة إلى إجازة الورثة ، إذا كان المهر المكفول به لا يتجاوز ثلث التركة ، فإن تجاوزها فإن الكفالة فى الزائد لا تنفذ إلا بإجازة الورثة .

١٧٤ — وإذا ثبتت الكفالة ، وكانت نافذة معتبرة ، كان للزوجة أن تطالب الأصيل أو تطالب الكفيل ، فلها أن تطالب الزوج أو تطالب أباه إذا كان هو الكفيل مثلا .

وإذا أدى الكفيل عن الزوج كان له أن يرجع على الزوج إذا كانت الكفالة بأمره .

وإذا كان الكفيل هو الأب ، وقد كفل ابنه الذى هو فى ولايته ،

وأدى عنه فله الرجوع فى مال ابنه ، إذا شهد (١) عند الأداء أنه أدى ليرجع . وإن لم يشهد فليس له الرجوع (٢) لأن الإشهاد يقوم مقام الأمر ، وفيه إعلان الرغبة الصريحة فى أنه أدى ليرجع فى مال الصغير .

والأم كالأب فى هذا الحكم ، لأن العرف يقيد ضمانها بما يقيد به ضمانه .

والإشهاد المعتبر هو الذى يكون عند الكفالة ، أو عند الأداء ، لأنه عند الكفالة يكون كالأمر بها ، والإشهاد عند الأداء يكون تفسيراً لما أراده بالكفالة وهو أن تكون كالأمر بها .

١٧٥ — وإذا كان الابن قاصراً وفقيراً ، وقد زوجه أبوه بماله من ولاية عليه ، فهل يطالب الأب بمقتضى تلك الولاية بالمهر ، ويعد إقدامه على الزواج ضماناً للمهر إذ الابن فقير لا مال له ، وعهدة العقد المالية تكون على من تولاه ؟

قال فقهاء الحنفية : ليس المهر بواجب على الأب لا بالأصالة ، ولا بالكفالة ، أما عدم وجوبه بالأصالة فلأن المهر حكم من أحكام الزواج يثبت على الزوج لزوجته ، وليس الأب هو الزوج حتى يجب عليه ، وأما

---

(١) لا يشترط الإشهاد إذا كان الأب مديناً للابن ، لأن ذلك يعتبر أداء من مال الصغير لا من ماله ، وإذا مات الأب قبل الأداء أخذ المهر من تركته ، وللورثة الرجوع فى نصيب الابن المكفول مطلقاً ، إن كان إشهاد أو لم يكن ، وقال زفر وهو راويه عن أبى يوسف : ليس للورثة الرجوع إلا إن كان إشهاد ، لأن الكفالة ذاتها لا تقتضى الرجوع .

هذا إذا كانت الكفالة فى الصحة ، أما إن كانت فى مرض الموت ، فلا ينفذ إلا بإجازتهم ، وقد قالوا : إنه إذا كانت الكفالة فى الصحة والأداء فى المرض يرجعون مطلقاً ، لتعلق حقهم بالمال عند الأداء ، وينبغى أن يكون فيه الخلاف بين زفر وأئمة المذهب .

(٢) ولقد ذكر ابن عابدين أن القياس كان يوجب جواز الرجوع أشهد أو لم يشهد وذلك لأن إقدامه على الكفالة بمنزلة أمر ابنه الذى هو فى ولايته ، فكأنما أمر نفسه بالأداء ، وله ذلك ، ولهذا لو أمر أجنبياً بأن يكفل ولده الذى هو فى ولايته كانت كفالة الأجنبى بالأمر ، فيرجع على الأب فى مال الصغير ، ولكن الاستحسان اقتضى التفصيل المذكور ، لأن الآباء قد يؤدون المهر عن أبنائهم من غير أن يكون لهم طمع فى الرجوع ، وذلك أمر ثابت فى العرف .

عدم وجوبه بالكفالة فلعدم وجود ما يدل على أنه كفل المهر أو ضمن أداءه (١) .

١٧٦ - ومذهب مالك والشافعي وأحمد في رواية عنه أن الأب إذا عقد زواج ابنه الفقير يكون هو المطالب بالمهر ، ولو كان الابن الفقير كبيراً وتولى هو بالوكالة عنه ، ولذلك وجه معقول ، إذ أن الزوجة وأولياءها ما ارتضوا ذلك الفقير زوجاً إلا لأجل أبيه ، وتوليه العقد بنفسه يقتضي عرفاً أن يكون مسئولا عن بعض تكليفاته المالية ، وتخليه عن أداء المهر لا يخلو من تغرير ، فيكون ملزماً به ، ولأن العرف جرى بأن الآباء يدفعون مهور أولادهم ، وأن الولد يعتبر قادراً على المهر بقدرة أبيه ويساره .

وإذا أدى الأب المهر بمقتضى توليه عقد ابنه الفقير ، فإنه ليس له الرجوع عليه إذا أيسر ، لأن ذلك يكون بمنزلة ما ينفقه عليه .

ولو مات الأب قبل أن يؤدي المهر الذي وجب عليه بمقتضى توليه العقد ، فإنه يؤخذ من تركته ولا يؤخذ من نصيب الولد ، وذلك يفيد أن الالتزام نشأ بمقتضى مباشرة العقد بالأصالة أو ما يشبهها ، لا بالنيابة المجردة عن الابن .

هذا رأي الأئمة الثلاثة في ضمان الأب لمهر ابنه الفقير إذا تولى إنشاء العقد ولو كان الابن كبيراً ، وهو يخالف مذهب أبي حنيفة المعمول به .

وإني أرى أنه لو عمل بمذهب الأئمة الثلاثة لكان أعدل ، لأن عرف الناس جرى على أن الأب إذا تولى عقد ابنه الفقير وهو غني يكون مسئولا عن المهر والمعروف عرفا كالمشروط شرطاً .

---

(١) جاء في بعض كتب الحنفية ما يفيد أن الأب يطالب في هذه الحال بالمهر ، ولذلك جاء في ابن عابدين ما نصه .

« ما في شرح الطحاوي والتتمة أن لها مطالبة أبي الصغير ضمن أو لم يضمن . قال في الفتح « والمذكور أن هذا قول مالك ونحن نخالفه ، وهذا هو المعول عليه ، وفي مواهب الرحمن « زوج طفله الفقير لا يلزمه المهر عندنا » وملخص الموضوع أن المذهب الحنفي لا يجعل لأي ضامناً ، ولكن سرى رأي مالك إلى بعض كتب الفقه الحنفي ، فظن أن فيه رأياً يضمنه ، وليس كذلك .

١٧٧ - وإذا تعذر على الزوجة استيفاؤها معجل الصداق لعسره ، فهل لها أن تفسخ الزواج لذلك ؟ مذهب الحنفية أن العقد لا يفسخ لذلك السبب ، ما دام العقد قد تم مع الكفاءة ، ولم تنقص التسمية عن مهر المثل فيعترض الولى .

وقال مالك والشافعى : لها أن تطلب الفسخ إذا لم يحصل دخول لعجزه عن القيام بما عليه من حقوق . ولكنه بالدخول قد تقرر العقد ، وهى برضاها بالدخول مع عدم المهر قد أسقطت حقها فى طلب الفسخ .

وقد أجاز أحمد طلب الفسخ ، ولو حصل دخول ، لأن الحق قد أوجبه الإعسار عن أداء الصداق ، ولم يوجد ما يزيل ذلك السبب ، فيستمر الحق مع الدخول ، ولأن قبولها الدخول عساه يكون لرجائها ميسرته ، فلما يئست طالبت بالفسخ .

قضايا المهر

١٧٨ - هذا باب من الأبواب التى تشعبت صورها وأحكامها ، وقبل أن نتصدى لبيانها نذكر قاعدتين عليهما تدور الأحكام :

(القاعدة الأولى) أن الدعوة المستنكرة عرفا لا تسمع ، لأن من شروط سماع الدعاوى ألا تكون الدعوى مستحيلة أو ينكرها العقل أو العرف.

(القاعدة الثانية) أن البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر ، فكل من اعتبر مدعياً فعليه البينة ، ومن اعتبر منكراً فعليه اليمين ، إن لم يكن للآخر بينة ، وتبين المدعى ، والمنكر يرجع إلى الظاهر فى القضية ، فمن كان الظاهر يشهد له فهو المنكر ، ومن كان الظاهر لا يشهد له فهو المدعى ، فإذا ادعى اثنان ملكية عين ، وأحدهما ذو يد اعتبر ذو اليد منكراً ، والخارج هو المدعى ، لأن اليد دليل ظاهر على الملكية ، فالظاهر يشهد له ، وبذلك ننتهى إلى أن البينة تكون على من لا يشهد الظاهر له ، واليمين على من يشهد له الظاهر ، وهذه نتيجة مقررة ثابتة .

وبعد ذلك نذكر الأحكام فى قضايا المهر ، فنقول : الاختلاف فى المهر إما اختلاف فى قبضه ، أو اختلاف فى أصل التسمية ، أو اختلاف فى مقدار المسمى . أو اختلاف فى نوع المقبوض ، ونبين كل واحد منها بالإجمال .

١٧٩ ـ الاختلاف فى القبض : إذا كان اختلاف فى القبض بأن يدعى هو أنه سلمها قدراً من المهر ، وتنكر أنه سلمها شيئاً ، أو يدعى أنه سلمها مقداراً وتدعى أنه سلمها أقل منه ، والحكم فى هاتين الصورتين يختلف بالدخول أو عدم الدخول .

فإن كان الاختلاف بينهما قبل الدخول ، فعليه أن يقيم البينة على ما يدعيه كأن يدعى أنه سلمها مائة ، وهى تدعى أنه سلمها خمسين ، فعليه أن يقيم البينة على أنه سلمها الزيادة ، وكذلك عليه أن يقيم البينة ، على أنه سلمها ما يدعى ، إن كانت تنكر أنه سلمها شيئاً ، وفى هاتين الصورتين نرى الظاهر يشهد لها ، فلا تطالب بالبينة ، وكان الظاهر يشهد لها لأن العقد أثبت المهر فى ذمته ، فكان الأصل بقاءه ، حتى يقوم الدليل على خلافه .

وإن كان الاختلاف بينهما بعد الدخول فإن كان الاختلاف فى أصل القبض ، بأن كان يدعى أنه أوفاها معجل صداقها ، وتنكر أنه سلمها شيئاً فدعواها لا تسمع على المفتى به عندابن عابدين (١) وذلك لأنه جرت العادة بتقديم بعض المهر فدعواها حينئذ تكون مستنكرة عرفاً ، فلا تسمع ، وفى ذلك نظر ، ونحن نميل إلى ضرورة سماع الدعوى والإثبات .

وأما إن كان الاختلاف فى مقدار المقبوض بأن كان يدعى قدراً ، وتدعى أنه أقل منه ، فعليه البينة ، وإلا فالقول قولها بيمينها ، وذلك لأنه قد ثبت حقها فى المهر بمقتضى عقد الزواج ، فالظاهر يشهد لها ، وعليه أن يقيم البينة على مقدار ما سدد ، وهو يدعى زيادة فعليه أن يثبتها (٢) .

---

(١) هذا رأى الفقيه أبى الليث ، ورجحه ابن عابدين كما ذكرت ، وخالف أبا الليث قاضيخان ، فقد ذكر عنه ابن عابدين أنه قرر أن فى هذا الكلام نظراً ، لأن المهر ثابت بمقتضى العقد ، والعرف لا يمكن أن يكون حجة لإبطال أمر ثابت لا محال الشك فى ثبوته وفى منع سماع الدعوى لجريان العرف إبطال لذلك الأمر الثابت ، ولأن أقصى ما يدل عليه العرف فى هذا المقام أن يجعل الظاهر يشهد للزوج ، وكون الظاهر يشهد له يصلح لدفع المطالبة عنه مع يمينه ، إن لم تكن بينة ، ولا يصلح لإبطال حقها بعدم سماع الدعوى من كل الوجوه وعدم توجيه اليمين وذلك هو النظر السليم .

(٢) ظاهر ما نقله ابن عابدين عن الفقيه أبى الليث أن الزوج إذا ادعى تقديم المعجل كله وادعت تسليم بعضه أنهلاتسمع دعواها إذا كان ما تدعيه أقل مما جرى العرف بتقديمه، =

هذا ولا فرق بين أن يكون الاختلاف فى أصل القبض ، أو قدر المقبوض بين الزوجين أنفسهما ، أو بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما إذا ماتا ، فالحكم فى كل الأحوال واحد .

١٨٠ — الاختلاف فى أصل التسمية : إذا اختلف الزوجان فى أصل التسمية ، فادعى أحدهما أن العقد قد اقترنت به تسمية صحيحة ، وادعى الآخر أن العقد قد تم خالياً من التسمية ، فالبينة على مدى التسمية ، فان أقامها ثبت مدعاه ، لأنه المدعى والآخر هو المنكر ، وإن لم تكن بينة وجهت اليمين إلى الآخر ، وقضى عليه بالمسمى إن نكل عن اليمين ، لأن النكول عن اليمين حجة للمدعى على المدعى عليه ، وإن حلف قضى بمهر المثل ، لأن المدعى عجز عن الإثبات ولا سبيل للقضاء بما ادعى ، فيتعذر وجوب مهر مسمى ، ولأن اليمين حجة كافية لاعتبار العقد خالياً من التسمية ، وعند خلو العقد من التسمية يكون مهر المثل هو الواجب .

وإن كان الاختلاف فى حال الطلاق قبل الدخول الحقيقى والحكمى ، فالحكم كذلك بالنسبة للإثبات ، أو على مدى التسمية إقامة البينة ، فإن عجز حلف المنكر لها ، فإن نكل ثبتت الدعوى ، وإن حلف لا يثبت المسمى ، وفى حال ثبوت التسمية يجب نصف المسمى وفى حال العجز عن ثبوتها تجب المتعة .

وهذا كله إذا كان الاختلاف فى حياة الزوجين ، أو كان بعد موت أحدهما ، ويلاحظ أنه فى حال الحكم بمهر يشترط ألا يزيد على ما تدعيه ، إن كانت هى مدعية التسمية لرضاها بذلك القدر ، ولا ينقص عما يدعيه إن كان مدعى التسمية هو الزوج ، كما أنه إذا حكم بالمتعة لا تزيد على نصف ما تدعيه ، إن كانت هى المدعية ، ولا تنقص عن نصف ما يدعيه إن كان هو المدعى ، قياساً على مهر المثل .

= لأن ابن عابدين يقول : قال الفقيه أبو الليث إذا كان الزوج قد بنى بها ، فإنه يمتع منها ما جرت العادة بتعجيله ، ويكون القول قول المرأة فيما زاد على المعجل إلى تمام مهرها ، ونحن على هذا إذا قررنا أن البينة على الزوج فيما يدعيه من أنه دفع المعجل كله ، وقررنا أن القول قولها عند إنكارها قدراً من المعجل لا كله وقد سرنا هنا على مقتضى ما قاله قاضيخان ، وهو ما نرجحه فى الحالتين .

وإن كان الاختلاف بعد موت الزوجين فقد قال أبو يوسف ومحمد : إن الحكم لا يختلف عن الاختلاف فى حياتهما أو بعد موت أحدهما ، أى يحكم بالمسمى إن ثبت ، وبمهر المثل لا ينقص عما يدعيه ورثته ، ولا يزيد على ما يدعيه ورثتها ، إن لم يثبت المسمى .

ويختلف الحكم عند أبى حنيفة فى حال العجز عن الإثبات ، أى أنه يقضى بالمسمى إن أمكن إثباته ، ولا يقضى بشىء إن لم يمكن ، لأن مهر المثل يقدر بمهر أقرانها من عشيرتها ، وموتهما يدل على انقراض أقرانهما ظاهراً وتقادم العهد ، فلا سبيل إلى تقديره ، ولأننا لو أجزنا دعوى الورثة بعد موتهما فى مهر المثل لأجزنا دعوى ورثة الورثة .. وهكذا يتسلسل الأمر (١) .

وحجة الصاحبين أن النكاح ما دام ثابتاً ، ولو بالتسامع ، فقد وجب مهر المثل ، وإذا وجب فهو دين فى الذمة ، لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، فما لم يثبت الإبراء ولا الأداء ، فهو باق فى ذمته تحمله تركته ، ولا يوجد ما يسقطه ولا ما يمنع سماع الدعوى لمضى المدة ، فان وجد بشروطه كان ذلك هو المانع ، لا مجرد موت الزوجين .

١٨١ – ويلاحظ أن الفتوى على قول أبى حنيفة ، وليس فى قوانين المحاكم الشرعية ما يجعل غيره معمولا به دون نص ، لأن الأخذ برأى أبى يوسف المنصوص عليه فى القانون إنما هو فى حال الاختلاف فى مقدار المهر لا فى أصل التسمية كما جاء بالمادة ٢٨ من اللائحة القديمة ، وكما جاء فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى المادة التاسعة عشرة وهى :

« إذا اختلف الزوجان فى مقدار المهر ، فالبينة على الزوجة ، فإن عجزت

---

(١) يروى أنه جاء على لسان أبى حنيفة فى الاحتجاج لرأيه : « أرأيت لو ادعى ورثة أم كلثوم بنت على رضى الله عنه وورثة عمر رضى الله عنه أكنت تسمع ! » .

وترى من هذا التقرير أن أبا حنيفة يبنى رأيه على التقادم واتخذ موتهما قرينة ظاهرة على موت أقرانهما ، وتقادم العهد على الزواج ، فهل يجب مهر المثل إذا كان موتهما فى شرخ الشباب والعهد بالزواج قريب ؟ يظهر أن الحكم كذلك . ولذلك جاء فى شرح التبيين : « قيل ذا لم يتقادم العهد يقضى بمهر المثل عنده أيضاً » .

كان القول للزوج بيمينه إلا إذا ادعى مالاً يصلح أن يكون مهراً لمثلها عرفاً فيحكم مهر المثل ، وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما » .

وترى من هذا النص أنه جعل موضوع القضية الاختلاف فى مقدار المهر لا فى أصل التسمية ، وجعل البينة على الزوجة دائماً ، مع أن أبا يوسف الذى صرحت المذكرة الإيضاحية بأن هذا رأيه يجعل البينة عند الاختلاف فى أصل التسمية على المدعى للزيادة فى التسمية سواء أكان الزوج أم الزوجة ثم كان المعمول به عند الاختلاف فى أصل التسمية هو رأى أبى حنيفة ، لأنه الراجح دائماً فى مذهب أبى حنيفة ما لم ينص على خلافه ، ولم يكن ذلك النص .

١٨٢ - الاختلاف فى مقدار المسمى : إذا كان الخلاف بين الزوجين فى مقدار المسمى ، واتفقا على أصل التسمية بأن ادعت هى مهراً وادعى هو أقل منه ، فنى هذه الحال تكون هى المدعية ، وهو المنكر عند أبى يوسف ، لأنها تدعى الزيادة ، وهو ينكرها ، فيكون الظاهر شاهداً له ، فعليها إثبات ما تدعيه فإن عجزت كان القول قوله مع يمينه إذا كان ما يدعيه غير مستنكر عرفاً ، كأن تكون هى بين عشيرة مهر مثلها مائة ، فيدعى هو أن المسمى خمسة فنى هذه الحال يحكم مهر المثل فيحكم به إن كان دون ما تدعيه ، ويحكم بما تدعيه إن كان أقل من مهر المثل ، لأن الظاهر فى هذه الحال يكون شاهداً لها ولا يسمع قول الزوج لأنه مستنكر عرفاً .

هذا إذا كان الاختلاف عند استحقاقها المهر كله فإن كان الاختلاف عند استحقاقها النصف كان عليها الإثبات أيضاً ، فإن عجزت كان القول قوله مع يمينه إلا إذا كان ما يذكره يستنكره العرف .

وقد يكون فى هذه الحال الأخيرة مدعى الزيادة هو الزوج كأن يكون قد سلمها المهر كله أو بعضه ، ويدعى فى هذه الحالة أن المهر مائتان ليسترد منها قدراً كبيراً ، وتدعى هى أن المهر قليل ليكون ما يسترد قليلا ، فنى هذه الحال يكون عبء الإثبات على الزوج لأنه مدعى الزيادة والزوجة منكرة ، فان أقام البينة ثبت مدعاه ، وإلا كان القول قولها بيمينها إلا إذا ادعت ما يستنكر عرفاً فيحكم حينئذ مهر المثل ، بحيث لا يزيد على ما يدعيه .

هذا هو مذهب أبي يوسف ، وهو لا يختلف باختلاف الحياة والوفاة إذا كان التداعي بين ورثة الزوجين أو أحدهما وورثة الآخر وهو المعمول به الآن فى محاكم الأحوال الشخصية بمقتضى لائحة سنة ١٩١٠ ، وقد حل محلها فى هذا القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى المادة السادسة منه (١) .

١٨٣ — هذا مذهب أبي يوسف . ومذهب أبي حنيفة ومحمد أنه إذا اختلف الزوجان فى مقدار التسمية يعتبر كلاهما مدعياً حقيقة ، لا فى الظاهر فقط ، كما قرر أبو يوسف ، فأيهما أقام بينة ثبت مدعاه . فإن أقاما بينتين. فالبينة الراجحة هي البينة التي لا يشهد لها مهر المثل ، فإن كان مهر المثل يشهد للزوج ، إن كان أقل مما يدعي أو يساويه ، فبينة الزوجة هي الراجحة ، لأنه يعتبر فى هذه الحال منكراً ، لأن المنكر هو الذى يشهد له الظاهر ، إذ بينته لا تأتى بجديد . وإن كان الظاهر يشهد للزوجة بأن كان مهر المثل أكثر مما تدعيه أو يساويه ، فبينة الزوج هي الراجحة ، والقول قولها بيمينها ، إن لم تكن له بينة .

وإن كان مهر المثل لا يشهد لواحد منهما ، بأن كان أقل مما تدعيه وأكثر مما يدعيه كأن تدعى مائة ، ويدعى هو خمسين ، ومهر المثل ثمانون ، تهاترت البينتان ويعتبر العقد خالياً من التسمية ، ويجب مهر المثل ، لأن بينة كل واحد منهما تنفى تسمية الآخر ، وإن لم يكن لأحدهما بينة ، فالقول قول من يشهد له الظاهر ، وهو مهر المثل كما بينا ، وإن كان لا يشهد لواحد منهما ، بأن

---

(١) نصت المادة (٢٨٠) من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩١٠ على أنه يؤخذ بمذهب أبي يوسف عند اختلاف الزوجين فى مقدار المهر ، وجاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فنص « على أنه إذا اختلف الزوجان فى مقدار المهر ، فالبينة على الزوجة ، فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلى آخر المادة التاسعة عشرة . وجاء فى المذكرة الإيضاحية التى اقترنت بصدور ذلك القانون أنه رئى أن يوضع مذهب أبي يوسف عند اختلاف الزوجين فى مقدار المهر بنصه الفقهى اكتفاء بذلك عن استثنائه » ولكن بالموازنة بين المقرر فى الفقه بياناً لمذهب أبي يوسف ونص قانون سنة ١٩٢٩ فى ذلك تجد أن المقرر فى الفقه أوسع شمولا ، لأن المقرر فى الفقه أن البينة تكون على مدعى الزيادة ، بينما القانون يقول أن البينة على الزوجة وليست الزوجة هى مدعية الزيادة دائماً ، لأنها إذا كانت قبضت المهر كله أو ثلثيه . ثم حدث ما أوجب تنصيفه قد يكون هو مدعياً للزيادة ، ولذلك تقرر أن عبارة المادة التاسعة عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ قاصرة ، ويفهم المراد كله بنصوص الفقه .

كان أقل مما تدعى ، وأكثر مما يدعى فإنهما فى هذه الحال يتحالفان ، ويجب مهر المثل إن حلف كلاهما ، لعدم تعيين إحدى التسميتين ، للقضاء ، والقاضى يبدأ بأيهما شاء ، فإن نكل لزمته دعوى الآخر ، وحكم بها وإن حلف الآخر ، فإن حلف قضى بمهر المثل وإن نكل قضى بدعوى الآخر .

هذا تخريج أبى بكر الرازى لمذهب أبى حنيفة ومحمد ، والكرخى يرى أن التحالف يكون إذا لم يكن لواحد منهما بينة مطلقاً ، وإذا حلف كلاهما وجب مهر المثل بحيث لا يقل عما يدعيه ، ولا يزيد على ما تدعيه .

ولكن الراجح هو التخريج الأول .

هذا إذا كان الاختلاف عند وجوب المهر كله ، وإن كان عند وجوب النصف ، فالحكم ما ذكرناه . ولكن تحكم المتعة لا مهر المثل .

هذه أحكام اختلافهما فى حال الحياة ، وكذلك إذا مات أحدهما ، أما إذا كانا قد ماتا ، والاختلاف بين ورثتهما . فقد قال أبو حنيفة : لا يجب مهر المثل ، ولا يحكم به لأنه لا يمكن معرفته ، بل إذا كان لأحدهما بينة ثبت مدعاه ، وإن كان لكليهما بينة تهاترت البينتان . وأما محمد فقد استمر على مقتضى رأيه كما لو كان على قيد الحياة .

١٨٣ — الاختلاف فى وصف المقبوض : إذا أعطى الزوج زوجته شيئاً ، ثم اختلفا ، فقالت : إنه هدية . وقال إنه مهر ، فإن أثبت أحدهما ما يدعيه قضى به فإن أقامت هى البينة على أنه صدر عنه وقت العطاء ما يدل على أنه هدية أو أقام البينة على أنه وقت التقديم صرح بأن القصد المهر — حكم بمقتضاها وإن أقاما بينتين كانت بينتها الراجحة ، لأنها تثبت المهر فى ذمته ، وهو ينكره فكانت مدعية ، وهو ينكر .

وإذا لم يكن لأحدهما بينة ، فإن كان العرف يشهد بأن مثل هذا يكون هدية كالطعام والثياب . فالقول قولها بيمينها ، وإن كان العرف يشهد بأن هذا يكون مهراً كالنقود فالقول قوله بيمينه ، وإن كان العرف مشتركاً بأن يسوغ أن يكون مهراً وهدية ، فالقول قول الزوج بيمينه ، لأنه المملك فهو الأدرى بجهة التمليك والقول قوله فى الاختيار عن نفسه ، والظاهر أنه يسعى أولا فى إسقاط ما فى ذمته مما هو واجب عليه أولا ، ولأنه يعد منكراً بإذعانه إسقاط ما عليه من واجب .

وإذا قضى القاضى بأن ما أخذ كان على سبيل الهدية لم يحتسب من المهر ، وإلا فإنه يحتسب .

وإذا حكم بأنه مهر ، وكانت قد وهبت له شيئاً على اعتبار أن ما قدم هو هدية ، أو فهمت أنه هدية ، كان لها استرداد ما وهبته ، وإن أثبتت أنها صرحت حين وهبت أنه عوض هديته ، ويظهر أنه لو كان العرف يجعل هديتها فى نظير هدية ، يكون كالتصريح ، لأن المعروف كالمشروط ، وما وهبته إلا على جهة التعويض ، وقد تبين أنه لم يهب فلها استرداد ما أعطته ، ولقد صرح كمال الدين بن الهمام (١) وغيره بأن ذلك الاسترداد إذا كان أبوها هو الذى وهب ، ولو كان الاختلاف والزوجية قائمة ، أن الزوجية فى هذا الحال لا تعتبر مانعاً من موانع الرجوع .

١٨٥ — ومما يلحق بهذه المسائل مسألتان :

(إحداهما) إذا اختلف الزوج مع زوجته ، أو الخاطب مع مخطوبته . كأن اختلفا فى المدفوعات : أهو مهر ، أم أنه وديعه ؟ بأن ادعت هى أنه مهر وادعى هو أنه وديعة أو العكس ، فى هذه الحال يكون القول قول مدعى المهر إذا كان المال المختلف فيه من جنس المهر ، ويكون القول قول مدعى الوديعة ، إذا كان المال المختلف فيه ليس من جنس المهر ، لأن الظاهر أن المهر كله يكون من جنس واحد فكان اتحاد الجنس يجعل الظاهر يشهد لمدعى المهر وكان اختلافه يجعل الظاهر يشهد لمن يدعى الوديعة .

---

(١) هذا نص ما قاله الكمال فى فتح القدير : « لو بعث هو وبعث أبوها له أيضاً ، ثم قال : هو من المهر ، فللأب أن يرجع فى هبته ، إن كان من مال نفسه ، وكان قائماً ، وإن كان هالكاً لا يرجع ، وإن كان من مال البنت بإذنها ، ليس له الرجوع ، لأنه هبة منها ، وهى لا ترجع فيما وهبت لزوجها ، وفى فتاوى أهل سمرقند : بعث إليها هدايا وعوضته المرأة ، ثم زفت إليه ثم فارقها وقال : بعثتها إليك عارية ، وأراد أن يستردها وأرادت هى أن تسترده ، فالقول قوله ، لأنه أنكر التمليك ، وإذا استردته تسترد هى ما دفعت » .. وخلاصة هذا أن هدية المرأة إذا كانت تعويضاً لهدية الزوج ، ثم ادعى أن ما دفع عارية أو مهر ، فلها الرجوع فيما دفعت ، والظاهر أن قيام الزوجية لا يمنع من ذلك ، لأن التبرع كان على أساس هديته ، وقد ظهر بطلانه ، فحق لمن تبرع على اعتباره الرجوع .

ومن يكون القول قوله لا يقبل إلا بيمينه .

وظاهر أن أيهما يقيم البينة تسمع ، وإن أقاما بينتين : فالتى تسمع بينته هو من لا يشهد له الظاهر ، وقد تبين سبب ذلك .

(ثانيتهما) مسألة مهر السر ومهر العلن ، بأن يتفق الزوجان على مهر فى السر ويعلنا غيره . وفى هذه المسألة اختلف فقهاء المذهب الحنفى ، واختلفت الروايات عنهم .

وأظهر الروايات أنه إذا تزوج على قليل فى السر ، كثير فى العلن — أن رأى أبى حنيفة ومحمد وجوب مهر العلن ، لأنه زيادة فى المهر بعد وجوبه ، ولأن العبرة بالظاهر ، ولا يلتفت إلى ما سواه ، ولأنه إن عرف السر اعتبر العلن زيادة لازمة . لأنها صادرة عن عاقل لا دليل يناقضها ما دامت المرأة تطالب بها . أما عند أبى يوسف . فالواجب هو الأول ، لأن الثانية جاءت لغواً ، ولأن هذا مقصد العاقدين ، وروى أن محمداً مع أبى يوسف ، وروى أن رأى أبى حنيفة اعتبار السر ، وأن أبا يوسف يعتبر العلن .

وقد استظهر كمال الدين بن الهمام اعتبار المهر مهر العلن ، ورجح دليله ورواياته (١) .

متاع البيت

١٨٦ — قبل أن نبين أحكام الجهاز فى المذهب الحنفى المعمول به نرى من الحق علينا أن نذكر من يجب عليه إعداد البيت من الزوجين .

فى الفقه الإسلامى رأيان متعارضان :

(أحدهما) رأى الحنفية ، وهو أن إعداد البيت على الزوج : لأن النفقة بكل أنواعها من مطعم وملبس ومسكن عليه ، وإعداد البيت من المسكن ، فكان بمقتضى هذا الإعداد على الزوج ، إذ النفقة بكل أنواعها تجب عليه ، والمهر ليس عوض الجهاز ، لأنه عطاء ونحلة كما سماه القرآن ، فهو ملك خالص لها وهو حقها على الزوج بمقتضى أحكام الزواج ، وليس ثمة من مصادر

(١) راجع فتح القدير الجزء الثانى ص ٤٤٥ .

الشريعة ما يجعل المتاع حقاً على المرأة ، ولا يثبت حق من حقوق الزواج من غير دليل .

(وثانيهما) وهو رأى المالكية ، أن الجهاز حق على المرأة فى دائرة ما قبضته من مهرها ، وما تجرى به العادة بين أمثالها . فإن لم تكن قد قبضت شيئاً من المهر فليس عليها جهاز ، إلا إذا كان العرف يوجب عليها جهازاً ، أو كان قد شرط ذلك عليها ، وذلك لأن العرف جرى فى كل العصور والأمصار على أن المرأة هى التى تعد البيت ، ولا سبيل لإلزامها بأكثر مما قبضت ، إذ الحقوق متقابلة ، إلا أن تكون العادة قد جرت بين أمثالها بالجهاز من قبل أن تقبض المهر ، أو اشترط ذلك ، فالشرط يلزم المتعاقدين ، كما هو مقرر .

وخلاصة هذا المذهب كما رأيت ، أنه يجب الجهاز عليها . وألا يزاد على مقدار المقبوض ، إلا إذا كان العرف يوجب الزيادة ، أو كان شرط .

١٨٧ — ورأى الحنفية كما رأيت ، أن الجهاز ليس بواجب على المرأة ، وإن قامت به فهى متبرعة ، وذلك هو المعمول به فى مصر .

ولكن إن قدم لها مالا فوق المهر فى نظير إعداد جهاز ، أو إعداد جهاز على شكل خاص ، فهل تكون ملزمة بذلك ؟

لقد قرر ابن عابدين أنه إن كان ذكر المال منفصلا عن المهر ، واشترط ذلك أو جرى العرف على ذلك ، فإنها فى هذه الحال تكون ملزمة به ، أو رد المال ، إلا إذا سكت عن المطالبة ، وذلك لأنه إن كان المال مقابلا بالجهاز بالشرط أو العرف فهو هبة بعوض مشروط بالشرط أو بالعرف ، والهبة بعوض مشروط إن لم يتحقق الشرط له الرجوع فيها ، وعلى ذلك له أن يلزمها بتنفيذ الشرط ، فإن لم تنفذ استرد ما أعطى فى سبيل ذلك .

وإذا لم يجعل المال منفصلا عن المهر ، بل زيد فى المهر بقصد الزيادة فى الجهاز أو نظير الجهاز ، فقد جرى الخلاف فى هذه الحال ، فرأى يرى أنه لا يجوز له أن يلزمها بجهاز ، أو جهاز معين ، لأن المهر قل أو جل ليس فى نظير جهاز ، بل خالص حقها إن سمى ، ولو كان كثيراً كثرة فاحشة كقوله تعالى : « وآتيتم إحداهن قنطاراً ، فلا تأخذوا منه شيئاً » .

ورأى يرى أن الزيادة ما كانت إلا لأجل الجهاز ، فيجب مهر المثل إن لم يكن الجهاز المعين أو لم يكن جهاز . ويكون هذا كحال ما إذا سمى الزوج مهراً وشرط منفعة له . فإن تخلفت المنفعة وجب مهر المثل . ولا يزيد على المسمى .

وقد قالوا . إن هذا نظير ما إذا زاد على مهر المثل على أساس أنها بكر فتبين أنها ثيب . فقد جرى هذا الكلام فى ثبوت الزيادة .

١٨٨ – وإذا جهزت المرأة نفسها . وذلك هو المعتاد مهما يكن اختلاف الأئمة فالجهاز ملكها باتفاق الفقهاء أجمعين ، سواء اشترته بنفسها أو اشتراه من له النيابة عنها بتوكيل منها . أو ولاية عليها .

وإذا كان لأبيها نيابة عنها فاشترى جهازها من مهرها أو مالها ، فهو ملك لها بمجرد الشراء ، لأن أحكام العقد الذى يتولاه شخص بالنيابة تكون لصاحب الشأن بمجرد صدور العقد من غير تراخ .

وإذا اشترى الأب الجهاز أو بعضه بماله على أن يكون ملكا لابنته ، فإن ذلك يكون تمليكا لها بطرق الهبة (١) . وتجرى عليه أحكام الهبة من حيث التسليم . ومن حيث تقيدها بالثلث إذا كان مريضاً مرض الموت ، وقد قالوا بالنسبة للتسليم : إن مجرد شراء الأب من ماله لابنته وتسلمه هو يغنى عن القبض . إذ كانت فى ولايته المالية ، لأن يده لها صفة النيابة عنها فى قبض الهبات . بمقتضى ماله عليها من ولاية شرعية . فبمجرد تبرعه لها تم الهبة من غير حاجة إلى قبض جديد .

أما الكبيرة فلا يدخل الجهاز فى ملكها إذا اشتراه من ماله ، إلا إذا قبضته ، لأن وكالته فى الشراء فقط ، أو قبول الهبة والقبض عنها فليست له ولاية فيهما .

وبالنسبة للشراء من ماله لها إن كان مريضاً مرض الموت . فإنه يكون مقيداً بالثلث لأن التبرع فى مرض الموت يأخذ حكم الوصية ، والوصية

(١) من الصور التى يعتبر الجهاز فيها تمليكاً من الأب أو الأم إذا أعطت الأم ابنتها شيئاً من المتاع يملكه الأب بحضرته وسكت إلى أن زفت فإنه يعتبر ملكاً لوجود الإذن دلالة ، كذلك إذا اشترت الأم الجهاز من مال الأب بعلمه وسكت ، فإنه يكون ملكها .

لا تجوز بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة ، فإن كان الجهاز يتجاوز ثلث تركته ، فلا ينفذ التبرع فى الزيادة إلا بإجازة الورثة .

والعبرة بوقت الشراء إن كانت البنت فى ولايته ، فإن كان وقت الشراء مريضاً ، وتسلم بمقتضى الشراء ، كان التبرع وهو مريض مرض الموت . إن كان وقت الشراء صحيحاً فهو تبرع فى الصحة . ولو مرض من بعد ، وإن كانت البنت كبيرة . وقد اشترى لها وهو صحيح ثم سلمها . وهو مريض فالعبرة بوقت التسليم ، لأن التبرع لا يتم إلا بالتسليم ، فإذا سلم وهو مريض يعتبر قد تبرع فى مرض الموت فيأخذ حكم الوصية .

هذا هو المعمول به بمقتضى قانون الوصية القائم ، فقد جعل الوصية لوارث كالوصية لأجنبي ، فيكون التبرع فى مرض المورث لوارث كالتبرع فى مرض الموت لأجنبي على سواء .

أما المذهب الحنفى الذى كان معمولا به من قبل . فإنه يجعل الوصية لوارث بالقليل أو الكثير لا تنفذ إلا بإجازة الورثة ، فيكون التبرع فى مرض الموت لوارث لا ينفذ أيضاً إلا بأجازة الورثة . أما الوصية لأجنبي فهى لا تقيد إلا بالثلث ، والتبرع فى مرض الموت يكون كذلك مقيداً بالثلث.

١٨٩ — الاختلاف فى متاع البيت : الاختلاف فى متاع البيت . إما أن يكون بين الأب وابنته أو ورثتهما . وإما أن يكون بين الزوجين أو ورثتهما .

وقد قالوا فى تصوير الخلاف بين الأب وابنته : إنه إذا اشترى الأب الجهاز من ماله . ولم يصرح عند الشراء أو التسليم أنه هبة لها أو عارية فإنهما قد يختلفان فى ملكيته من بعد ، فتقول هى أو ورثتها أنه هبة ، ويقول هو أو ورثته أنها عارية ، والحكم فى هذه الحال أن القول من يشهد له الظاهر بيمينه ، فإن كان يشهد للأب أو ورثته فالقول له بيمينه ، وإن كان يشهد للبنت أو ورثتها (١) فالقول لها بيمينها ، وإن كان العرف مشتركاً بأن كان

---

(١) نقل صاحب النهر عن قاضيخان أنه قال : « ينبغى أن يقال إن كان الأب من الأشراف لم يقبل قوله ، وإن كان من لا يجهز البنات بمثل ذلك قبل قوله » .

المختلف عليه أشياء . العرف يجيز فيها أن تكون عارية . وأن تكون هبة ، فقد اختلفت في ذلك الفتوى ، فالسرخسي يرى أن القول قوله . لأن ذلك يتصل بإرادته . والقول قوله في الإخبار عن نفسه . وقال آخرون : القول قول البنت لأن العرف جرى أن يكون هبة في الغالب . ولأنها واضعة اليد ، واليد دليل الملكية ظاهراً . فكان الظاهر يشهد لها .

هذا ويجب أن يلاحظ أن أيهما يقيم بينة تقبل . وإن أقاما بينتين ، فالبينة التي تسمع هي التي لا يشهد لها الظاهر ، ثم إن هذا هو الحكم ، سواء أكان الاختلاف بين الأب والبنت أم كان بين ورثتهما أو أحدهما مع ورثة الآخر :

١٩٠ — وإن كان الاختلاف في المتاع بين الزوجين (١) تدعى هي أنه ملكها ، ويدعى هو أنه ملكه . وكان الاختلاف في حياتهما . فما لا يصلح إلا للرجال . كالكتب ونحوها ، فالقول فيه قول الزوج بيمينه . وما لا يصلح إلا للنساء ، كأدوات الزينة والخياطة ، فالقول فيه قول الزوجة بيمينها ، لأن الظاهر شاهد لها .

وما يصلح لهما جميعاً كالسجاجيد . فقد اختلفت فيه أئمة المذهب الحنفي فقد قال زفر : إنه بينهما نصفان . إن لم يكن بينة لأحدهما ، لأنه ما دامت الزوجية قائمة فيدهما معاً ثابتة على كل ما في البيت ، واليد دليل الملكية ظاهراً . فتثبت الملكية لهما . ما لم يوجد مرجح لدعوى أحدهما من بينة مثبتة . أو ظاهر آخر .

وقال أبو يوسف : القول قول المرأة إلى جهاز مثلها ، لأن المرأة لا تدخل بيت زوجها إلا بجهاز يليق بمثلها ، فكان الظاهر شاهداً لها بذلك القدر ، ويكون القول قولها فيه ، والظاهر يشهد للرجل في الباقي ، لأن يده عليه ، فالقول قوله فيه .

---

(١) قال الشافعي : « إذا اختلف الزوجان في متاع البيت فهو بينهما ، سواء في ذلك ما يصلح لها وغيره ، وذلك لأن كليهما واضع اليد على ما في البيت ، فهو ملك لها ، إلا إذا قام الدليل على خلافه ، وهو رأى لزفر ، وقال ابن أبي ليلى : القول قول الزوج في الكل إلا في ثيابها ، لأن واضع اليد هو الزوج ، أما ثيابها فالظاهر يشهد لها ، وقال الحسن القول قول المرأة في الكل إلا في ثياب الرجل ووجهه أن يد المرأة على ما في البيت أظهر فالقول قولها .

وقال أبو حنيفة ومحمد : إن القول قول الزوج فى كل ما يصلح لهما . لأن المسكن مسكنه ، فكل ما يحويه هو تحت يده وسلطانه . ويده فيه متصرفة أما يد المرأة فحافظة . واليد المتصرفة هى يد المالك ، فكانت دليل الملكية ظاهرا ، أما اليد الحافظة ، فكيد الوديع لا تدل على الملك ، وإذا كان الأمر كذلك فالظاهر يشهد للزوج ، ويكون القول قوله فيما يصلح لهما ، بخلاف مالا يصلح إلا لها ، لأن ثمة شاهدا على الملكية أقوى .

هذا رأى الأئمة إذا لم تكن بينة ، وإذا كان واحد منهما له بينة فإنه يحكم له فى أى حال من الأحوال . وإن أقاما بينتين ترجح بينة من لا يشهد له الظاهر .

هذا إذا كان الاختلاف فى حياتهما . أما إذا كان بين ورثتهما أو بين أحدهما وورثة الآخر فالحكم كذلك عند أبى يوسف ، وكذلك عند محمد أما أبو حنيفة فقرر أن الحكم كما ذكر إذا كان الخلاف بين ورثتهما أو ورثة الزوجة مع الزوج . أما إذا كان الخلاف بين ورثة الزوج مع الزوجة . فقرر أن الظاهر يكون شاهداً للمرأة . لأنها واضعة اليد .

٢ ــ النفقة

١٩١ ــ يحصر الفقهاء أسباب النفقة الواجبة لشخص على غيره فى ثلاثة : هى الزوجية ، والقرابة ، والملكية ، فنفقة الزوجة تجب على زوجها بمقتضى الزوجية ، ونفقة القريب تجب على قريبه بسبب الرحم المحرمية الواصلة بينهما ، ونفقة العبد تجب على سيده بسبب الملكية ، ولكل واحدة من هذه النفقات باب قائم بذاته ، ونطرح من بحثنا نفقة الملكية ، وسنتكلم على نفقة الأقارب عند الكلام فى أحكام الأولاد وحقوقهم .

والآن نتكلم فى نفقة الزوجية ، وهى واجبة للزوجة على زوجها ، باعتبار ذلك حكما من أحكام عقد الزواج الصحيح ، وحقاً من حقوقه الثابتة للزوجة على زوجها بمقتضى العقد ، ولذلك تجب ولو كانت الزوجة غنية ، وسواء أكانت مسلمة أم كانت غير مسلمة ، لأن سبب الوجوب هو الزواج الصحيح وهو متحقق فى الزوجات جميعاً .

وقد ثبت وجوب النفقة بالكتاب ، والسنة ، والقياس ، والإجماع .
أما الكتاب فقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » والمراد بهن الزوجات ، وقوله تعالى فى حق المطلقات : « لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه ، فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها » .

وقوله تعالى : فى حق المطلقات أيضاً : « وأسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » وإذا كان ذلك حق المطلقات فى أثناء العدة ، فحق الزوجات أوجب .

وأما الحديث فقوله صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع : (اتقوا الله فى النساء فإنهن عوان عندكم ، أخذتموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، لكم عليهن ألا يوطئن فراشكم أحداً تكرهونه ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف) .

وروى أن رجلا جاء إلى النبى صلى الله عليه وسلم ، فقال : ما حق المرأة على زوجها ؟ فقال ﷺ : « يطعمها إذا طعم ، ويكسوها إذا كسى ، ولا يهجرها فى البيت ، ولا يضربها ، ولا يقبح » وفى البخارى ومسلم أن هند بنت عتبة زوج أبى سفيان قالت : يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينى من النفقة ما يكفينى ويكفى بنى ، إلا ما آخذ من ماله بغير علم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفى بنيك » .

وأما القياس فإنه من القواعد المقررة فى الفقه أن من حبس لحق غيره فنفقته واجبة عليه ، فالمفتى ، والوالى ، والقاضى ، وغير هؤلاء من العاملين فى الدولة نفقاتهم تجب فى بيت المال ، لأنهم حبسوا أنفسهم عن طلب الرزق لمنفعة الدولة ، فحق عليها أن تقدم لهم ما يكفيهم وأهلهم بالمعروف ، ولقد حبست الزوجة نفسها للقيام على البيت ورعاية شؤونه ، فحقت لها النفقة جزاء الاحتباس .

ولقد انعقد إجماع المسلمين على ذلك من عهد النبى ﷺ إلى الآن لم يخالف فى ذلك أحد .

١٩٢ – والسبب فى وجوب نفقة الزوجية هو العقد الصحيح بشرط وجود الاحتباس أو الاستعداد له (١) . والعقد الفاسد لا يوجب نفقة قط ، حتى أنه لو قدم الرجل للمرأة نفقة ، ثم تبين أن العقد فاسد . كما لو أنفق على امرأة عقد عليها ، ثم تبين أنها أخته رضاعا مثلا – رجع عليها بما أنفق إن كان قد أعطاها ما تنفق منه بفرض القضاء ، أما إن لم يكن بفرض القضاء فلا يرجع ، ووجه هذه التفرقة أنه إن أعطاها بفرض القضاء . فقد أعطاها مالا على أنه جزء للاحتباس فى عقد صحيح . وقد تبين فساد العقد . ولا يحتمل أن يكون متبرعاً ، لأن القضاء ألزمه . أما إن أنفق من غير حكم القضاء فاحتمال التبرع ثابت . ولا يكون ثمة تقدير للنفقة مفروض . فيكون الإنفاق على سبيل الإباحة فلا رجوع .

١٩٣ – والنفقة فى العقد الصحيح جزاء الاحتباس أو الاستعداد له كما قررنا ، فإذا لم يتحقق الاحتباس ولا الاستعداد له فلا نفقة . وإذا تحقق الاستعداد مع إمكان استيفاء أحكام الزواج من الزوجة فى الجملة وجبت

---

(١) ظاهر هذا الكلام وهو متفق عليه بين الفقهاء أن النفقة لا تستحق للمرأة إلا إذا توافر سببها . وهو الزواج ، وشرطها ، وهو الاحتباس أو الاستعداد له ، وهو الطاعة ، فإذا رفعت الأمر للقاضى تطالب بالنفقة ، فلابد أن تثبت السبب والشرط ، فإذا حدث نزاع فى أحدهما بإنكاره له فلابد أن تثبته . فإذا أنكر الزوجية ، فلابد أن تثبتها ، ويجب أيضاً أن تثبت الطاعة إذا أنكرها ، فإذا قال إنها ناشزة ، عليها أن تثبت أنها تعيش معه ، أو أنها خارجة عن بيته بسبب شرعى ، ولكن عمل أكثر القضاة الشرعيين من قبل ، وأكثر الوطنيين الآن (تابعون لما سنه القضاء الشرعى) ، على أنها لا تثبت إلا الزواج إن أنكره ، فإن دفع بالنشوز لا يسمع دفعه إلا إذا كان قد حكم له بالطاعة ، ولم تنفذ الحكم ، وهذا المنهاج لا يتفق مع الفقه ، ومع المصلحة ، أما عدم اتفاقه مع الفقه ، فلأن شرط الاستحقاق للنفقة هو الطاعة ، فالطاعة جزء من دعواها لابد أن تثبت أن خروجها من المنزل بحق شرعى ، ويكون حينئذ الدفع بالنشوز واجب النظر فى دعوى النفقة . لأنه لو صدق لهدم أصل وجوب النفقة ، فهو بلا شك جوهرى فى دعوى النفقة ، ولأن حق الطاعة لا يثبت بحكم القضاء بل يثبت بحكم الشرع شرطاً لوجوب النفقة فإذا حكم من غير توافر الشرط فالحكم لا يقره الفقه ولا المنطق . وأما أن مسلك القضاء لا مصلحة فيه فلأنه أدى إلى فصل حكم النفقة عن حكم الطاعة ، فإذا حكم على شخص بالنفقة ذهب واستصدر حكما بالطاعة ، ولكى يثبت نشوزها يحاول تنفيذ الحكم بقوة الشرطة متتبعاً لها فى المنازل ، حتى إذا تبين أنها لا تنفذه بقوة الشرطة تقدم بالمحاضر المثبتة ليسقط المفروض ، وقد انتقد الناس بحق تلك الطريقة ، وهى بلا شك لا تتفق مع الحياة الزوجية ، ولكن العيب ليس فى الشرع ، إنما العيب فى مخالفة الشرع والمنطق .

النفقة ، سواء انتقلت إلى بيت الزوجية أم لم تنتقل ، ولم تمانع فى الانتقال ، لأن الزوج إذا ترك حقه فى نقلها فعلا إلى بيته لا يضيع حقها فى النفقة ، وهذا هو الأصح فى المذهب (١) .

١٩٤ - والاحتباس الموجب للنفقة هو الاحتباس الذى يمكن معه استيفاء أحكام الزواج ، حتى يمكن أن يكون الاحتباس لمنفعة الزوج ، ولقد تكلم الفقهاء فى هذا المقام فى مسألتين :

إحداهما : مسألة الزوجة المريضة : وقد اتفقوا على أنها إذا مرضت قبل الزفاف ولا يمكنها الانتقال إلى بيته فلا نفقة لها ، لأن الاحتباس غير ممكن ، ولا يتأتى الاستعداد له ، إذ المرض يمنعها (٢) .

وإذا كان يمكنها الانتقال فالنفقة لها واجبة ، إلا إذا طلبها وامتنعت ، لأن إمكانها الانتقال واستعدادها له كاف لوجوب النفقة ، وأحكام الزواج يمكن استيفاؤها فى الجملة ، ثم المرض عارض قابل للزوال ، وحق العشرة يوجب احتماله ولأن ما تكون أحكامه الدوام لا تسقط فيه الحقوق بالأمور العارضة التى لا يد للانسان فيها ، ولا قبل له بدفعها ، وعلى ذلك تكون المريضة فى هذه الحال كالسليمة على سواء (٣) .

---

(١) هذا ما جاء فى ظاهر الرواية ، وقد اختار صاحب الهداية عدم وجوب النفقة قبل أن تزف إليه ، واختاره بعض المشايخ ، وهو رواية عن أبى يوسف ، والظاهر أن عدم وجوب النفقة على ذلك الرأى إنما يكون إذا لم تطالبه بالانتقال ، ولم يعد المسكن الشرعى تجب النفقة اتفاقاً ، وإنما الخلاف فيما إذا طالبته بنفقة عن مدة لا قبل الزفاف ، ولم يوجد ما يدل على المنع من أحدهما فظاهر الرواية يوجبها ، والرأى الثانى لا يوجبها .

(٢) هكذا حكى الاتفاق على حكم هذه الحالة الكاسانى فى البدائع ، وابن نجيم فى البحر ، ولكن قال ابن الهمام فى فتح القدير : إنه تخريج على قول من يشترط لوجوب النفقة الانتقال إلى بيت الزوجية وإن ظاهر الرواية غيره .

(٣) وروى عن أبى يوسف أنه لا نفقة لها قبل الانتقال ، فإن نقلت وهى مريضة ، فله أن يردها ، وإن أبقاها فلها النفقة ، ووجه هذه الرواية أن الاحتباس الموجب النفقة هو الذى يمكن استيفاء أحكام الزواج منه . فإن كانت مريضة مرضاً لا يمكن معه استيفاء أحكام العقد منه فلا نفقة . وإن أبقاها فقد رضى بهذا الاحتباس الناقص . فتجب لها النفقة . ولأنه قد رضى به فلا ينقص ما تم برضاه .
=

هذا كله إذا كان مرضها قبل أن تزف إليه ، أما إذا زفت سليمة ثم مرضت فلها النفقة ما دامت فى بيت الزوجية ، ولو كان مرضها مزمناً ، وذلك لأن الاحتباس قد تم كاملا ، والمرض عارض ، وهو كيفما كان قابل للزوال ، والحقوق الدائمة لا تسقط بالأمور العارضة ، ولأن حسن العشرة يوجب أن يحتمل كل واحد منهما صاحبه فى مرضه وسقمه (١) .

(ثانيتهما) مسألة نفقة الزوجة إذا كانت صغيرة وهى ثلاثة أقسام :

(أولها) صغيرة لا يمكن الانتفاع بها لا فى الخدمة ولا فى الائتناس ، وهذه لا نفقة لها بالإجماع فى المذهب الحنفى (٢) ، لأن النفقة منوطة بالاحتباس مع إمكان استيفاء الأحكام ، وهذا غير متصور فى هذه الصغيرة .

(ثانيها) صغيرة يمكن الدخول بها . وهذه حكمها حكم الكبيرة ، لأن أحكام الزواج يمكن استيفاؤها منها .

(ثالثها) صغيرة يمكن الانتفاع بها فى الخدمة أو المؤانسة ، ولكن لا يمكن الدخول بها ، وقد قال الأكثرون : لا نفقة لها ، لأن المقصود من العقد لا يمكن استيفاؤه منها ، وقال أبو يوسف : إن نقلها تجب لها النفقة ، لإمكان الانتفاع فى الخدمة والاستئناس .

وإذا كان عدم إمكان الانتفاع بالاحتباس من قبل الرجل وحده ، كأن يكون صغيراً أو عنيناً أو مريضاً فإن النفقة تكون واجبة عليه ، لأنها قامت بكل أحكام الزواج الممكنة من قبلها ، فحق عليه أن ينفق عليها .

= وأحكام المجنونة هى أحكام المريضة ، لأن الجنون مرض . وما دام قد أبقاها على عصمته يكون لها كل حقوق الزوجية مع ملاحظة أنها تعطى أحكام المريضة . وقد جاء فى البحر ، وإن أغمى عليها إغماء كثيرا فهو بمنزلة المرض » .

(١) ولقد جاء فى فتح القدير : « أن شمس الأئمة الحلوانى قال : إذا مرضت مرضاً لا يمكن الانتفاع معه تسقط النفقة » ولكن الأولى الأخذ بما ذكرنا ، وهو وجوب النفقة لأنه المتفق مع معنى الزوجية وغايتها السامية .

(٢) خالف الشافعى فى ذلك لأنه يجعل النفقة تابعة للعقد . وما دام العقد قد وجب فالنفقة واجبة صغيرة كانت أو كبيرة ، إلا إذا حصل نشوز .

١٩٥ - وإذا امتنعت عن الانتقال بحق لها (١) ، فإن النفقة تكون واجبة ، كأن تمتنع لأن المسكن الذى أعده تسكن فيه ضرتها ، إذ المسكن حينئذ لا يكون مسكناً شرعياً . فإن من حقها أن تسكن فى مسكن خال من الضرة . لأن وجودها معها إيذاء لها .

وكأن يكون المسكن مغصوباً ، فإنها إن انتقلت إليه تشاركه فى الإثم ، ومن حقها أن تجانب الإثم ، ولا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق .

وكأن تمتنع لأن المسكن غير لائق بمثله . أو غير مستوف للمرافق الشرعية وهكذا ... فنى هذه المسائل وأشباهها يكون فوات الاحتباس . باستعمال حق شرعى لها ، فيكون بسبب من جانبه . فيعتبر الاحتباس موجوداً حكما . لأنها مستعدة فى دائرة ما يلزمها به من أحكام عقد الزواج .

ولقد تكلم الفقهاء فى هذا المقام فى مسألتين :

(إحداهما) إذا امتنعت عن الاحتباس لعدم تقديم معجل الصداق . فقد قالوا : إن ذلك إن كان قبل الدخول بها فلها النفقة . لأن الامتناع لحق لها . ولم يوجد ما يدل على إسقاطه لا نصاً ولا دلالة .

وإن كان بعد الدخول فقد اختلف أبو حنيفة وصاحباه . كما ذكرنا من قبل ، فقال أبو حنيفة . لها الامتناع ، لأنها لم تسقط حقها فى المستقبل ، وإسقاط حقها فى الامتناع فى الماضى لا يدل على إسقاطه فى المستقبل . وقال الصاحبان : ليس لها الامتناع . لأنها برضاها بالدخول مختارة ، قد أسقطت حقها فى الامتناع لأجل المعجل . والساقط لا يعود . وقد شرحنا هذه المسألة فى قبض المهر .

(الثانية) إذا أراد أن ينقلها إلى غير بلدها ، فامتنعت عن السفر ، فهل يعد ذلك امتناعا لحق لها ؟ وبعبارة أخرى هل من حق الزوجة أن تمتنع عن السفر مع زوجها ؟ المتقدمون من الفقهاء على أن للزوج أن يسافر بزوجته ، وليس لها الامتناع عن السفر معه ، وذلك لقوله تعالى : « أسكنوهن

---

(١) ومن الامتناع بحق إذا كان بلدها بعيداً عن بلده . ولم يذهب لأخذها بنفسه أو بأحد محارمها ، فإن النفقة تجب لها ، لأن الشرع يوجب ألا تسافر إلا مع زوجها أو مع ذى رحم محرم منها .

من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن » وأساس الحياة الزوجية أن تعيش المرأة حيث يعيش الرجل (١) .

ولكن جاء المتأخرون من الفقهاء السابقين ، فأفتى بعضهم بأنه لا يجوز السفر بها ، لأنه يضارها ويضيق عليها بالسفر ، فوقع السفر تحت النهى الذى ذيلت به الآية السابقة « ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن » وخرجوا كلام المتقدمين على صلاح الناس فى زمانهم . وعدم قصدهم المضرة بالسفر .

والقول الفصل فى هذا المقام ، وهو يتفق فيه دليل المتقدمين والمتأخرين أنه إن كان السفر ليس للضرر : كالسفر لأن عمله ليس فى بلدها . وهو مأمون عليها ، فله السفر بها ، وإن امتنعت فقد امتنعت بغير حق شرعى ، فله إجبارها بحكم القضاء بالطاعة ، وليس لها النفقة فى مدة الامتناع ، وإن كان السفر مضارة كأن كان له قصر فى المصر ، وعمل فيه ، وأراد أن ينقلها إلى قريته أو مزرعته أو كان غير مأمون عليها ، فى هذه الحال لها الامتناع ، ولا يسقط حقها فى النفقة بامتناعها . وهذا ما عليه العمل ، وقد صرحت به المادة ٨٥ من المشروع الذى أعده المكتب الفنى لرياسة الجمهورية ، ونصها .

« يجوز للزوج أن يسافر بزوجته ما لم يكن غير مأمون عليها أو كان ذلك بقصد الإضرار بها » .

١٩٦ — وإذا فوتت المرأة على الرجل حق الاحتباس الشرعى بغير حق فلا نفقة لها ، وتعد ناشزة (٢) ، ومن النشوز ما يأتى :

(أ) إذا امتنعت عن الانتقال إلى منزل الزوجية بغير سبب شرعى ،

---

(١) هذا هو المذكور فى ظاهر الرواية ، ورأى المتأخرون عكسه ، وقد قال أبو القاسم الصفار فى ترجيح رأى المتأخرين . « هذا كان فى زمانهم أما فى زماننا فلا يملك الزوج أن يسافر بها ، وإن أوفى صداقها ، لأنه فى زمانهم كان الغالب فى حالهم الصلاح ، أما فى زماننا فقد فسد الناس ، والمرأة متى كانت بين عشيرتها فالزوج لا يمكنه أن يظلمها ، ومتى نقلها إلى بلدة أخرى ظلمها ، ولا يمكن أن تستغيث عليه بأحد » .

ولقد قال بعض المتأخرين : إن أوفاها المهر كله معجله ومؤجله ، وكان مأموناً عليها له أن يسافر بها ، ولقد قال الزيلعى فى القول : « قال صاحب الملتقى ، وأفتى أنا بأنه يتمكن من نقلها ، إذا أوفاها المعجل والمؤجل وكان مأموناً عليها ، ولا يمكن إذا أوفاها المعجل دون المؤجل ، لأنها لا ترضى بالتأجيل إذا أخرجها إلى بلاد الغربة » .

(٢) ومن النشوز جحودها الزوجية حتى إذا أقام الدليل بين يدى القضاء فإن النفقة عن

وقد دعاها إلى الانتقال ، وأعد المسكن إعداداً كاملا يليق به ، وكذلك إذا خرجت من منزله بغير إذنه ، واستمرت ناشزة مدة طالت أو قصرت ، فإنه لا نفقة لها فى هذه المدة ، وإذا عادت إلى طاعة زوجها ، واستقرت فى مسكنه ، عادت النفقة فى المدة التالية .

(ب) إذا كانا يقيمان فى بيتها بإذنها ، ثم منعته من الدخول ، ولم تطلب منه الانتقال إلى مسكن يعده ، وتترك له فرصة للبحث ، لأن منعها له من غير ذلك الطلب والإمهال خروج عن طاعته ، فتكون ناشزة أيضاً . أما إذا منعته بعد أن سألته الانتقال ، وأمهلته مدة كافية للبحث ، فإنه لا يعد امتناعاً عن الاحتباس فتكون لها النفقة ، وإن عد امتناعاً فهو امتناع بحق ، فلا يسقط النفقة إذ حقها فى أن يعد لها مسكناً ، لا أن تعد له المسكن .

(ج) المحبوسة : يظهر من عبارات الكتب فى المذهب الحنفى أنها لا نفقة لها بالاتفاق إذا كان الحبس قبل الزفاف ، لفوات الاحتباس الشرعى ، وعدم إمكانه ، أما إذا كان الحبس بعد الزفاف ، فإن كان فى قدرتها التخلص منه ، كأن يكون لديها ما تستطيع أداءه ، فلا نفقة لها أيضاً بالاتفاق ، لأن فوات الاحتباس جاء بأمر من قبلها ، وليست معذورة فيه ، بل فيه اختيار ، أما إذا كان الحبس بعد النقلة ، ولا يمكن تلافيه ففى هذه الحال اختلفت الروايات . فظاهر الرواية أنه لا نفقة لها . لأن الاحتباس قد فات بسبب من قبلها ، وأصبح غير ممكن ، وروى عن أبى يوسف أن النفقة تجب لها ، لأنها معذورة فى ذلك ، ولا قبل لها بدفعه .

ومثل المحبوسة فى الحكم المغصوبة ، ولذلك جاء فى البدائع : « ولو فرض القاضى لها ، ثم أخذها رجل كارهة فهرب بها شهراً أو غصبها غاصب لم يكن لها نفقة فى المدة التى منعها التسليم لا لمعنى من قبل الزوج ، وروى عن أبى يوسف أن النفقة لأن الفوات ما جاء من قبلها باختيارها » .

= المدة السابقة على الحكم لا تثبت ، لأن الجحود نشوز ، وقد قال فى البحر تعليقاً على ذلك : « ولقائل أن يقول وينبغى أن تجب ، لأنها صارت مكذبة شرعاً ، وكذا الزوج إذا أنكر . وإلا فلا يخفى ما فيه من الإضرار وفتح باب الفساد خصوصاً عند اضطرارها للنفقة ، ونرى أنه لا ضرر ، بل هو تأديب لها ، وهو الحق لأنها لم تكن فى الطاعة » .

(د) المحترفة : فإذا كانت المرأة من المحترفات اللاتى لا يقررن فى البيت فلا نفقة لها إذا طلب منها القرار فى البيت فلم تجب طلبه ، وذلك لأن الاحتباس فى هذه الحال ناقص فله طلبه كاملا ، فإن امتنعت فهى ناشزة ، أما إذا رضى بهذه الحال ، فقد رضى بالاحتباس الناقص فتجب النفقة (١) .

وذلك التفصيل فى ذاته معقول ، لأن الاحتباس الذى يجب بسببه النفقة هو الاحتباس الذى يمنعها من كسب المال بنفسها ، والمحترفات لا يتحقق منهن ذلك ، وإن رضى الزوج بذلك الاحتباس الناقص فهو مأخوذ برضاه فى مدة الرضا .

---

(١) فى الزوجة المحترفة خلاف بالنسبة لنفقتها ، واعتبارها ناشزة ، فنى الدرر المجتبى أنه لا نفقة لها وقد جاء فى الدرر . « ولو سلمت نفسها فى الليل دون النهار أو عكسه فلا نفقة لنقص التسليم » . وقال فى النهر وفيه نظر ، وأوجبها ، لأنها معذورة ، ورجح ابن عابدين عدم وجوب النفقة إن نهاها عن حرفتها ، فامتنعت ، وينقل ذلك عن صاحب البحر ويقول « عن البحر أن له منعها عن الغزل ، وعن كل عمل ولو قابلة .. وأنت خبير بأنه إذا كان له منعها من ذلك ، فإن عصته وخرجت بلا إذنه ، كانت ناشزة ، وإن لم يمنعها لم تكن ناشزة » ، ويلاحظ أن رضاه باحترافها وقتاً ما لا يمنع عدم رضاه فى غيره .

جاء فى فتح القدير ما نصه : « وفى مجموع النوازل فإن كانت قابلة أو غسالة (أى تغسل الموتى) أو لها حق على آخر أو لآخر عليها حق تخرج بالإذن وبغير الإذن ، وعللوا هذا بأن خروج القابلة والمغسلة إنما هو لفرض الكفاية ، والخروج للفروض الكفائية خروج بحق شرعى ، وقد خالف ذلك صاحب البحر ، وقال إنها لا تخرج إلا بإذنه وتسقط نفقتها إذا خرجت محترفة بغير إذنه . لأن حق الإقامة فى المنزل فرض عينى والخروج للتغسيل أو القبالة فرض كفائى ، والفرض العينى مقدم على فرض الكفائى .

والذى نستطيع أن نستخلصه من مجموع النقول أنها إن خرجت للفروض الكفائية كالتدريس للبنات ونحو ذلك لا تحتاج إلى الإذن ، أما إن خرجت لغير الفروض الكفائية فإنها تحتاج إلى إذن منه .

النفقة فظاهر كتب الفقه أنها لا تجب إلا إذا كان توليها الحرفة بغير إذنه ، وفرق بين الخروج والنفقة فإن النفقة جزاء الاحتباس ، وهو لا يتحقق ولو كان الخروج لفرض ، أما كون الخروج معصية أو طاعة فأمر آخر ، وقد لوحظ أن بعض أزواج المحترفات يحاولون أن يمنعوهن بالقوة من الخروج ، وذلك ليس بحق إذا كانت الحرفة من الفروض الكفائية لأن امتناعها معصية ولا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق ، وإذا كان لها الخروج فلها أن تخرج من غير تبرج وقد قال فى ذلك صاحب فتح القدير . « وحيث أبحنا لها الخروج فإنما يباح بشرط عدم الزينة وتغيير الهيئة إلا ما لا يكون داعية إلى نظر الرجال والاستمالة . قال تعالى : « ولا تبرجن تبرج الجاهلية الأولى » (فتح القدير جـ ٣ ص ٣٣٦) .

(هـ) المسافرة للحج إذا حجت من غير مصاحبة ذى رحم محرم منها ، ومن غير مصاحبة زوجها ، فإنه لا نفقة لها قولا واحداً ، لأنها تكون عاصية إذ ليس للمرأة أن تسافر من غير مصاحبة ذى رحم محرم أو زوج ، ولا يبرر السفر كونه لأداء فريضة الحج ، لأنه فرض حيث الاستطاعة ، ولا استطاعة لها إلا إذا وجد ذو رحم محرم يصاحبها أو زوج .

وإن سافرت للحج مع زوجها فلها اتفاقاً ، لوجود الاحتباس ، ولكن النفقة الواجبة هى نفقة الحضر لا نفقة السفر ، إذ السفر لمنفعتها ، وعلى الزوج ما هو نظير الاحتباس ، وهو نفقة الإقامة .

وإن سافرت للحج من غير مصاحبة للزوج ، ولكنها مع ذى رحم محرم منها وكان ذلك قبل زفافها فلا نفقة لها قولا واحدا أيضاً ، لفوات الاحتباس وعدم إمكانه وعدم الاستعداد له ، أما إذا كان ذلك بعد أن زفت إليه فقد اختلف فى ذلك محمد مع أبى يوسف ، فمحمد يرى أنه لا نفقة لها لفوات الاحتباس وأبو يوسف يرى وجوب النفقة ، لأن الاحتباس قد فات بعد أن سلمت نفسها وهو بعذر شرعى ، وهو أداء الفريضة ، ولا عصيان فى سفرها ، لأنها سافرت مع ذى رحم محرم منها ، والواجب هو نفقة الحضر لا نفقة السفر كما قررنا .

وظاهر عبارات الكتب أن ذلك الخلاف إنما هو فى سفرها لفريضة الحج ، أما إذا كان السفر لغير فريضة الحج بأن أدت الفريضة من قبل ، فلا نفقة لها بالاتفاق ، لأنها ليست معذورة فى السفر .

١٩٧ — تقدير النفقة : وجوب النفقة قسمان : وجوب تمكين ، ووجوب تمليك . فوجوب التمكين يكون بأن يعد لها النفقة بأنواعها الثلاثة ، فيقدم لها الطعام الذى تحتاج إليه ، والكسوة التى تليق به . ويعد المسكن الذى تسكنه . والأصل فى الوجوب هو هذا التمكين ، فان لم يكن انتقل الوجوب إلى التمليك ، وهو أن يقدر مقداراً من المال ، يكفى لطعامها وكسوتها وسكناها ، وتعطى ذلك المقدار كل شهر أو كل أسبوع على حسب اتفاقهما ، أو على حسب العرف الذى يسير عليه حكم القضاء بها ، وتقدر النفقة فى هذه الحال على حسب الأحوال غلاء ورخصاً ، وتختلف باختلاف الأماكن والأقاليم

وإذا قدر مقدار بفرض القضاء أو بتراضيهما ، ثم حالت الأحوال فتبين أنه أقل من كفايتها ، فلها طلب الزيادة ، كما أن له أن يطلب نقص المفروض إذا تغيرت الأحوال عن وقت الفرض ، وصار أكثر من الواجب عليه .

١٩٨ — أساس التقدير : ولكن أيلاحظ عند التقدير حال الزوج أم حالهما ؟ فى مذهب أبى حنيفة رأيان مصححان (أحدهما) أنه يعتبر حالهما ، ومقتضى هذا الرأى أنهما إن اتفقا فى اليسار كان الواجب نفقة اليسار ، وإن اتفقا فى الإعسار كان الواجب نفقة الإعسار ؛ وإن كان أحدهما موسراً ، والآخر معسراً ، كانت النفقة الواجبة بين اليسار والإعسار ، ولكن إن كان المعسر هو الزوج يقدم ما يستطيعه ، والباقى يكون ديناً عليه تستدينه ممن تجب عليه نفقتها ، لو لم تكن متزوجة ، ونظرة إلى ميسرة (١) .

وحجة هذا الرأى قوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف» وقوله عليه الصلاة والسلام : « خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف » وليس من المعروف أن تجب لها نفقة الإعسار ، وهى موسرة ، كما أن العكس ليس من المعروف ولكن لعجز الزوج فى حال إعساره لا يقدم عاجلا إلا ما يستطيعه « لا يكلف الله نفساً إلا وسعها » .

(وثانيهما) أن النفقة تقدر على حسب حاله يساراً وإعساراً ، لقوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله » ثم إن حسن العشرة يوجب على الزوج أن يرفع خسيسة زوجته إن كانت فقيرة ، ويوجب على الزوجة ألا ترهق زوجها من أمره عسراً ، فلا تطالبه إلا بما يقدر .

وقد كان العمل على الرأى الأول ، لأنه الراجح عند المتأخرين ، ولما صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أوجب العمل بالرأى الثانى ، فقد جاء فى

(١) هذا الرأى هو رأى الخصاف ، وقال فيه صاحب الهداية . إنه الفقه ، وعليه المتون ، وأصحاب الفتاوى ، والرأى الثانى هو رأى الكرخى ، وهو ظاهر الرواية ، وبه قال جمع من المشايخ ، ونص عليه محمد ، وهناك رأى ثالث ضعيف ، وهو أنه يعتبر حالها ، وقد نقله صاحب الخانية وقال . « إنه ضعيف » .

المادة السادسة عشرة « تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً وعسراً مهما كانت حالة الزوجة . ولقد جاء فى المذكرة الإيضاحية : بما أن هذا الحكم ليس متفقاً عليه بين مذاهب الأئمة الأربعة ، فمذهب الشافعى ورأى صحيح فى مذهب أبى حنيفة لا تقدر النفقة إلا بحسب حال الزوج مهما كانت حال الزوجة استناداً إلى صريح الكتاب الكريم « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها ، سيجعل الله بعد عسر يسراً » « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » وبما أنه لا يجب أن تأخذ الزوجة من زوجها أكثر مما يقدر عليه ، لأنها تعاقدت معه على أن ينفق عليها بما يستطيع حسب اختلاف الأزمان والأحوال ، فكان من المصلحة الأخذ بالمذهب الشافعى . والرأى الآخر من مذهب أبى حنيفة فى تقدير نفقة الزوجة على زوجها ، ولذا وضعت المادة ١٦ » .

١٩٩ — وتقدر النفقة كل يوم أو كل شهر أو كل سنة ، حسب أحوال الزوج والأيسر له أداء ، فإذا كان من أصحاب المرتبات فرضت عليه كل شهر ، وعلى العمال كل يوم أو كل أسبوع ، وعلى الزراع فى أوقات الحصاد وهكذا ، إلا إذا شكت الزوجة المطل إذا طالت المدة ، فإنه يفرض لها فى مدة لا تخشى فيها مطلا .

والجارى عليه العمل الآن فى المحاكم المصرية أنه تفرض النفقة كل شهر ليسر الشهر على أكثر الناس ، ولأن المدة فيه لا تطول بحيث تخشى الزوجة المطل ، ويفرض القاضى النفقة كلها ، مقدرة بمقدار كل شهر ، وتكون بدل طعامها وكسوتها وأجرة مسكنها ، إن لم يكن قد أعد مسكناً ، وإن كان قد أعد لها مسكناً ودعاها إلى الطاعة فيه ، فرض لها القاضى بدل الطعام والكسوة ، كل شهر ، وأحيانا يفرض بدل الطعام كل شهر ، ويجعل بدل الكسوة وهو ما قدره للطعام شهرياً أو أكثر منه أو أقل ، على أن يدفع كل ستة أشهر .

وقد تقدر نفقة الطعام أصنافاً بأن تعطى من القمح كذا ، كذا ، لكن لا يعمل بهذا فى مصر .

٢٠٠ — إذا أعد الرجل المسكن الشرعى لا يفرض القاضى لها أجرة

مسكن ، كما ذكرنا ، والمسكن الشرعى يجب أن يكون خالياً من الضرة ، لأن وجود الضرة فى ذاته إيذاء لها ، كما جرت بذلك العادة ، ودل الاستقراء .

وكذلك يجب أن يكون خالياً من أهله إذا تضررت من وجودهم (١) ويكون المسكن على حسب ما يليق بالرجل فإن كان مثله لا يسكن إلا فى قصر فلا تسكن إلا فيه كيفما كانت حالها ، وإن كان مثله لا يسكن إلا فى جناح من منزل لا يسكنها إلا فيه ، وإن كان مثله يسكن فى حجرة ، يكون المسكن الشرعى لها حجرة لها غلق تأمن فيه على متاعها ، ويكون له مرافق شرعية .

وإذا كان المسكن المستقل الذى يليق بحال الزوج بجواره مسكن فيه ضرتها أو أحد أقاربه أيعد مسكناً شرعياً ؟ الظاهر من عبارات الفقهاء والمتون أنه يعتبر مسكناً شرعياً ما دام هو الذى يليق بحاله ، لأنها قد أمنت على متاعها ، ولا شريك لها فى مسكنها إلا إذا آذوها بجوار ، فيكون الامتناع لا لنقصان المسكن وعدم كفايته ، بل لأنها بين جيران غير صالحين ، ومن المقرر أن المسكن إذا كان بين جيران غير صالحين يكون على الزوج أن ينقلها إلى غيره أياً كان هؤلاء الجيران ، وعلى ذلك إذا كان يسكنها شقة فى منزل ، وذلك مسكن من هو فى مثل حاله ، وفى الشقة الأخرى ضرتها أو بعض أهله ، يعتبر المسكن شرعياً ، لأن الشقة مستوفية كل المرافق الشرعية فتعتبر كأنها منزل قائم بذاته ، وعبارة المتون تجعل الغرفة التى لها غلق مسكنا شرعياً ، ولو كان بجوارها غرفة ضرتها أو حماتها ، فأولى أن تكون الشقة كذلك ، إلا إذا آذوها بالقول أو بالفعل إيذاء بيناً قام الدليل عليه (٢) .

---

(١) جاء فى الهداية ما نصه : « إذا وجب المسكن حقاً لها ، فليس له أن يشرك غيرها فيه ، لأنها تتضرر به فإنها لا تأمن على متاعها ، ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع إلا أن تختار ذلك ، لأنها رضيت بانتقاص حقها ، وهذا يدل على أن لها ألا تسكن مع أهله إذا تضررت ، ولا تسأل دليلا عن الضرر أو مقداره .

ولقد استثنى المشروع الذى وضع سنة ١٩٥٦ من سكنى أهلها معها حال الأبوين العاجزين أو الابن الصغير إذا لم يكن قادراً على إسكانهم خارج سكنه . فإن السكن يعد شرعياً مع وجودهم ولا تضرر ، وهذا نص المادة ١٨٤ « ليس للزوج أن يسكن أحداً من أقاربه مع زوجته إذا تضررت من ذلك مع استثناء ولده الصغير غير المميز وأبويه الفقيرين إذا لم يمكنه الإنفاق عليهما استقلالا . ويجب أن يضاف إلى النص : أو احتاجا إلى رعايته الخاصة لمرضهما أو شيخوختهما .

(٢) جاء فى الفتح : لو كانت فى الدار بيوت ، وأبت أن تسكن مع ضرتها ، أو مع =

٢٠١ – وإذا كان الزوج موسراً ، وزوجته ممن يخدمون تجب عليه أجرة خادم لها ، وهذا باتفاق الفقهاء ، لأنه يكون من نفقتها ، إذ الخادم لازم لها فى هذه الحال ، وهو قادر على أجرته .

ولا تفرض أجرة خادمين عند أبى حنيفة ومحمد . لأن خادماً واحداً يسد الحاجة ، والخادمان ترفه غير واجب . وقال أبو يوسف وقوله المعمول به : يجب أجرة خادمين إذا كان الزوج قادراً ، وكان مثلها يخدم بخادمين ، ولا تفرض أجرة لأكثر من خادمين فى رواية عن أبى يوسف ، وفى رواية أخرى عنه أن المرأة إذا كان مثلها يخدم بأكثر من خادمين وهو قادر على أجرتهم يكون عليه ذلك ، وهذا الرأى أقرب إلى روح عصرنا . وهو المتفق مع عرف الطبقات ذوات اليسار ، بل عرف المتوسطين أحياناً ، وفى فتح القدير والذخيرة لو كان له أولاد يكفيهم خادم واحد فرض عليه لخادمين أو أكثر بمقدار ما يكفيهم اتفاقاً .

إذا كان الزوج معسراً لا تجب نفقة خادم أصلا . لأن الواجب فى هذه الحال نفقة الضرورة ، والخادم ليس ضرورياً (١) .

٢٠٢ – قضايا النفقة : ذكرنا أن الأصل فى وجوب النفقة هو وجوب التمكين ، ولا يصح الانتقال إلى وجوب التمليك إلا إذا تبين أن الزوج لا ينفق عليها ، ولا يمكنها من النفقة ، ولذلك قرر الفقهاء أن الزوجة إذا شكت إلى القاضى أن زوجها لا ينفق عليها ، وطلبت فرض نفقة لها . أنه لابد من أن

= أحد من أهله ، إن أخلى لها بيتاً ، وجعل له مرافق وغلقاً على حدة ، فليس لها أن تطلب بيتاً آخر . وذكر ابن عابدين فى المسألة أربعة أقوال :

(أولها) أن البيت الذى له غلق يكفى (وثانيها) أنه لا يكون شرعياً إذا كانت معها الضرة فى الدار . وإذا كان أحد أقاربه يكفى (وثالثها) أنه لا يكفى مطلقاً ، (ورابعها) أنه لا يكفى إذا كانت من الموسرات ، ثم قال : الحاصل أن المشهور المتبادر من إطلاق المتون أنه يكفيها بيت له غلق من دار سواء أكان ضرتها وأحماؤها » .

هذا ويلاحظ أن الخلاف المذكور هو فى البيت من دار ، أى الحجرة من دار ، أما الشقة فهى منزل أو كالمنزل القائم بذاته ، فلا يجرى فيها خلاف ، كما يلاحظ أن الراجح فى البيت أنه يكفى مسكناً شرعياً ، إذا كان له غلق ومرافق وهو سكن مثله .

(١) قال محمد : إن كان معسراً وكان لها خادم مملوك كانت عليه نفقته ، لأنه لما كان لها خادم مملوك تبين أنها لا ترضى بخدمة نفسها . وأن نفقة الكفاية تقتضى سد حاجة ذلك المملوك .

يثبت لديه أنه لا ينفق عليها ، ولا يمكنها من النفقة . فإن ثبت أنه يمكنها من النفقة أو يعطيها كل ما تحتاج إليه يرفض دعواها ، لأن الأصل هو التمكين . وإن ثبت لديه أنه ممتنع عن الإنفاق ، ولا تتمكن من تناول ما تحتاج إليه تحرى القاضي حاله أهو موسر فتجب نفقة اليسار على مقدار يساره . أم معسر فتجب نفقة الإعسار ، ومن التحرى ما يسمى فى الفقه الحنفى بشهادة الاستكشاف وهى البينات التى يتحرى بها القاضى معرفة أمر من الأمور . وقد نص القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ على أن بينات النفقات من شهادات الاستكشاف ، وتسمع من غير يمين ، مع أن اليمين مطلوبة فى شهادات الإثبات بمقتضى هذا القانون ، وهذا نص المادة ١٧٩ :

« تكفى شهادات الاستكشاف فى القضاء بالنفقات بأنواعها ، وأجرة الحضانة ، والرضاع ، والمسكن ، والشروط التى يتوقف عليها القضاء بما ذكر » .

ولقد جاء فى الفقرة الأخيرة من المادة ١٧٤ : « ولا يشترط فى شهادة الاستكشاف تحليف اليمين ، بل يكفى مجرد الإخبار ممن يوثق به » .

٢٠٣ — وإن كان الزوج معسراً لا يملك شيئاً ، ولا كسب له لا يمنع ذلك من أن يفرض عليه القاضى نفقة الإعسار . ولا يفرق القاضى بينهما (١) فى مذهب أبى حنيفة وأصحابه ، وفى مذهب الأئمة الثلاثة يفرق بينهما . وسنبين تفصيل ذلك عند الكلام فى التفريق الذى يملكه القاضى ، فإن ذلك هو المعمول به بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .

وإذا فرض القاضى النفقة على المعسر ، ولم يستطع الأداء ، تكون النفقة ديناً فى ذمته ، لأن كل واحد مخاطب بما يستطيع ، فإن الله سبحانه وتعالى

---

(١) زوجة المعسر الذى لا يملك شيئا ، ولا يستطيع إنفاق شىء ولا كسب له — فى حكمها ثلاثة آراء فى الفقه الإسلامى ، أولها رأى الظاهرية وهو رأى عمر رضى الله عنه أنها تسقط ، وزاد الظاهرية أنها تلزمها نفقة إن كان عاجزاً أو كانت غنية ، والثانى رأى الأئمة الثلاثة أنها لا تسقط ، ويجوز لها طلب التفريق ، والثالث وهو أوسطها رأى الحنفية أنها لا تسقط ، ولا يجوز لها طلب التفريق للاعسار بل تستدين ممن تجب عليه نفقتها ، لو لم تكن متزوجة ، ويكون الدين على الزوج يؤديه إذا أيسر .

يقول : «لا يكلف الله نفساً إلا وسعها» وليس فى وسعه الأداء فتكون دينا فى الذمة . ونظرة إلى ميسرة ، ثم لها أن تطلب من القاضى الأمر بالاستدانة . أو تستدين هى من تلقاء نفسها ، ولكن أمر القاضى بالاستدانة فيه فائدة ، لأن الاستدانة بأمر القاضى يجعل استدانتها بالنيابة عن الزوج حكما . فيكون الزوج هو المستدين حكماً . وإذا لم يكن معها ما تنفق منه ، ولم تجد من تستدين منه . كان على من تجب عليه نفقتها لو لم تكن ذات زوج أن ينفق عليها ، ويكون ما ينفقه ديناً على الزوج . فإذا كان لها أب موسر أنفق عليها ، وكان ما ينفقه ديناً على زوجها يأخذ منه عندما يجعل الله له من أمره يسراً . وإذا امتنع أبوها أو من تجب عليه نفقتها . إن لم تكن متزوجة أمره القاضى . فإن امتنع بعد ذلك مع قدرته على الإنفاق حبسه حتى يؤدى .

٢٠٤ — وإذا امتنع الزوج عن أداء نفقة زوجته بعد فرضها . وكان ذلك الامتناع عن قدرة لا عن عجز أو لم تتيقن حاله . كان لها أن تطلب من القاضى حبسه حتى ينفق . أو يتبين القاضى عجزه ، أو يثبت لدى القاضى أن له مالا ظاهراً يستطيع القاضى تنفيذ حكم النفقة فيه . وأخذ المفروض من ثمنه بعد بيعه جبراً عنه ويحصل ذلك فعلا .

وذلك لأنه من المقرر فى الشريعة الإسلامية أن المدين يحبس حتى يؤدى ما عليه إن كان امتناعه من مقدرة ، أو يتبين عسره ، إن كان غير ظاهر العسرة ولقد بقى ذلك نافذاً فى ديون النفقة فى مصر ، دون سائر الديون .

ولا يحبسه القاضى إذا كان ظاهر العسر ، أو عاجزاً عن أداء ما تطلب أداءه أو ما حبسه لأجله . لأن الحبس لظلم الامتناع مع القدرة ، وقد ظهر عذره فلا يحبس .

وخلاصة القول فى هذا أن القاضى لا يأمر بالحبس إلا بشرطين :

أحدهما : أن تقدر النفقة . وتمضى مدة لا ينفق فيها حتى يتكون دين .

ثانيهما : أن يثبت أن الزوج قادر على إعطائها تلك النفقة ، أو تكون هناك مظنة القدرة على ذلك ، كما يفهم من المبسوط للسرخسى ، وغيره .

وليس للحبس مدة مقررة ثابتة ، لأن الحبس لحمله على الأداء وإكراهه

عليه ، وذلك يختلف باختلاف الناس ، وتقدير المدة يرجع إلى القاضى على حسب ما هو مقرر فى الفقه الحنفى (١) .

والقضاة فى مصر لا يحبسون أكثر من شهر فى دين النفقة ، وذلك كنص القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ فى المادة ٢٤٧ ، وهذا نصها :

«إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات أو فى أجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التى أصدرت الحكم ، أو التى بدائرتها محل التنفيذ ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به ، ولم يؤد ، حكمت بحبسه ، ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس على ثلاثين يوماً ، أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلا فإنه يخلى سبيله ، وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية » .

وترى من هذا أن الحبس ينتهى بأحد أمور ثلاثة :

إما بانتهاء المدة ؛ وإما بأداء المطلوب أداؤه الذى تثبت قدرته على أدائه ، وإما بإحضار كفيل ترضاه .

والحبس لا يمنع من بيع ماله الظاهر جبراً عنه ، وأخذ بدل النفقة منه ، وعند تمام ذلك لابد أن يفرج عنه ، لأنه قد سقط الدين بأدائه ، فلم يكن ثمة حاجة إلى الحبس ، بل لقد زال سببه ، فتزول .

٢٠٥ — القضاء على الغائب فى النفقة : إذا كان الزوج غائباً ، وكان له مال ظاهر حكم لها القاضى بالنفقة ، ونفذ الحكم فى ماله الظاهر ، سواء أكان من جنس النفقة أم لم يكن من جنسها ، وإن لم يكن له مال ظاهر حكم عليه أيضاً بالنفقة واستدانت عليه . وفى الجملة أن الغائب كالحاضر بالنسبة لأحكام النفقة ، وذلك هو مذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد ، وهو المعمول به الآن فى مصر ، وقد جاء به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ . فإنه قد جاء فى المادة الخامسة منه ما يتضمن أنه يعامل معاملة الحاضر ، بالنسبة لتنفيذ

(١) روى عن أبى حنيفة أن أقصى مدة الحبس شهر ، وروى عنه أن أقصاها ستة أشهر ، وقد جعل القانون أقصاها شهراً .

النفقة فى ماله ، وبالنسبة للتفريق ، بيد أنه يعذر إليه ، فى حال التفريق إذا كان غائباً غيبة قريبة

٢٠٦ — وهذا الذى قررناه هو بعمومه الراجح فى المذهب الحنفى الذى كان معمولاً بالراجح منه قبل سنة ١٩٢٠ ، إذ كان المعمول به هو المفتى به فى مذهب أبى حنيفة وأصحابه . ولنبين ذلك بعض التبيين .

إنه من المقرر فى مذهب الحنفى أن فرض النفقة من القضاء حكم عند النزاع ، والحكم لابد له من دعوى ، والدعوى فى المذهب الحنفى لا تكون إلا فى مواجهة مدعى عليه حاضر ، ولا يقضى على غائب إلا إذا كان فى ضمن القضاء على الحاضر .

ولذا قرر الفقهاء فى المذهب الحنفى أنه يصح تقدير نفقة على الغائب إذا كان التقدير ليس فى موضع نزاع يحتاج إلى إثبات بالبينة أو توجيه اليمين ، فإذا كان الزوج الغائب قد ترك لزوجته مالا من جنس النفقة . وكان القاضى على علم بالزوجية ، وطلبت الزوجة فرض نفقة فى ذلك المال فرض لها ، لأن ذلك ليس قضاء إذ ليس ثمة خصومة بل هو إعانة ، ولأن النبى ﷺ قال لامرأة أبى سفيان فى مثل هذه الصورة : خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك .

ومثل هذه الصورة ما إذا كان المال الذى هو من جنس النفقة تحت يد مودع أو كان ديناً على شخص ، وكان كلاهما يقر بالزوجية والدين ، أو كانا ينكران الزوجية ، والقاضى يعلم بها ، فى هذه الحال يفرض لها القاضى نفقة ، لأن ذلك الفرض ليس إلا إعانة ، وكذلك إذا كانا ينكران المال ، ويعلم القاضى به ، فإنه يلزمهما بالأداء منه ، وإن حضر الغائب فللمنكر أن ينازعه فى ثبوت المال عليه أو عدم ثبوته .

وفى حال تقدير القاضى وأمره من عنده المال بالأداء يأخذ من المرأة كفيلا ويحلفها يميناً تسمى يمين الاستيثاق ، فيحلفها بأنها لم تطلق وانتهت عدتها ، وليست ناشزة ، ولم يقدم لها زوجها نفقة معجلة عن مدة غيبته . وتقديم كفيل واجب ، كما قال السرخسى ، وقال بعض الفقهاء : إنه حسن للاحتياط . والأول هو الأولى بالأخذ ، لكن يرجع عليها أو عليه ، إن تبين أنها أخذت بغير حق .

وإن كان من عنده المال غير مقر بالزوجية أو بالمال ، أو بهما ، ولا علم للقاضي ، فقد اختلف أبو حنيفة والصاحبان مع زفر . فقد قال زفر : يسمع القاضي من الزوجة إثبات ما أنكره من عنده المال . فإن كان منكراً للزوجية أثبتها ، وإن كان منكراً للمال أثبتته ، ويقضي بالنفقة ، ولا يتضمن حكمه قضاء بالزوجية ، لأن في ذلك نظراً لمصلحتها ، ولا ضرر فيه على الغائب ، فإنه لو حضر وصدقها فقد أخذت حقها ، وإن جحد يحلف ، فإن نكل فقد صدقت ، ولها أن تقيم البينة من جديد لإثبات الزواج ، وإنما ثبت الفرض دون الزواج في أثناء الغيبة ، لأن البينة إنما تسمع لإثبات حق الزوجة في الفرض ، لا لإثبات النكاح على الغائب .

وقال أبو حنيفة والصاحبان : لا تسمع بينة ، ولا يقضي بشيء ، لأن ذلك قضاء على الغائب بالزوجية ، إن كانت موضع الإنكار ، وقضاء له بالمال إن كان موضع الإنكار ، ولا يقضي للغائب ولا عليه .

وعند القضاء لها على مذهب زفر يؤخذ منها كفيل .

وعلى هذا الخلاف إذ لم يخلف مالا قط ، فقد خالف زفر ، فالثلاثة ، قالوا : لا يفرض لها نفقة لأن ذلك قضاء على الغائب ، وزفر ، قال : يفرض لها إن أقامت بينة على الزواج ، ويقضي لها بالنفقة دون الزواج ، وتنفق من مالها أو تستدين ويكون ما تنفقه ديناً على الغائب إلا أن يثبت أنه أداها ما كان واجباً عليه ، أو أنه ليس عليه نفقة قط ، لسقوطها بسبب من الأسباب . ويعيد القاضي نظر الموضوع من جديد ، وإثباتها من جديد إن خالفته .

وأساس كلام زفر كما علمت يقوم على أن البينة يجوز للقاضي أن يحكم ببعض مقتضياتها دون بعض ، كبينة السرقة إن ثبت أخذ المال وكان ثمة شبهة ، فإنها توجب المال ، ولا تثبت الحد .

وإن كان الغائب قد ترك مالا من غير جنس النفقة ، فلم يكن من النقود ، ولا أصناف الطعام ، فقد اتفق الأئمة في المذهب الحنفي على أنه لا يباع في سبيل النفقة ، لأن مال المدين إنما يباع إذا امتنع عن الأداء ، ولم يثبت الوجوب على الغائب ، كما لم يثبت امتناعه ، وعند زفر تفرض النفقة ، ولا

ينفذ الحكم فى ماله ، بل يأمرها بالاستدانة وتستدين . هذا . وقد كان المعمول به قبل قانون سنة ١٩٢٠ هو مذهب زفر . فقد كان هو المفتى به فى مذهب أبى حنيفة وليس له شمول المفعول به بعد هذا القانون .

٢٠٧ — دين النفقة : النفقة واجبة بلا خوف بين الفقهاء . إنما الخلاف بينهم فى وقت اعتبارها ديناً فى الذمة . وفى قوة ذلك الدين . فالأئمة الثلاثة : مالك والشافعى وأحمد . قالوا : إنها تصير ديناً بمجرد وجوبها وامتناع الزوج عن أدائها . وإذا صارت ديناً تكون ديناً قوياً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء كسائر الديون .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا تصير ديناً بمجرد الامتناع بعد الوجوب . وإنما تصير ديناً إذا حكم بها القاضى . أو تراضى على تقديرها الزوجان ، ولذلك ليس للمرأة فى المذهب الحنفى أن تطالب بنفقة عن مدة سابقة على رفع الدعوى إلا عن الشهر الذى حصلت فيه الدعوى .

وإذا صارت ديناً لا يكون ديناً قوياً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، بل تكون عند الحنفية ديناً ضعيفاً يسقط بالأداء والإبراء . والطلاق . والنشوز العارض . والموت على خلاف فى بعض ذلك . ولا تصير ديناً قوياً إلا إذا أمرها القاضى أو الزوج بالاستدانة . واستدانتها بالفعل .

وأساس الاختلاف بين الحنفية والأئمة الثلاثة . هو الاختلاف فى الوضع الفقهى لوجوب النفقة . فالأئمة الثلاثة يرون أنها عوض الاحتباس ، ولا وجه للتبرع فيها ، والحنفية يرونها جزاء الاحتباس مع أن فيها ناحية صلة فهى جزاء فيه نوعٌ من الصلة . أو هى صلة وجزاء معاً (١) .

(١) حقق كمال الدين بن الهمام مذهب الحنفية فقال : « ليست بعوض من كل وجه ، بل هى عوض من وجه دون وجه ، لأنها جزاء الاحتباس ، فمن حيث إنه احتباس لاستيفاء حقه من الاستمتاع ، وإصلاح أمر المعيشة والاستئناس – هى عوض ، ومن حيث إنه إقامة لأمر الشارع وأمور مشتركة كإعفاف كل الآخر ، وتحصينه من المفاسد ، وحفظ النسب ، وتحصيل الولد ليقيم التكاليف الشرعية ، هى صلة ، فلاعتبار أنها عوض قلنا : تثبت إذا قضى بها ، أو اصطلحا عليها ، لأن ولايته على نفسه أعلى من ولاية القاضى عليه ، ولاعتبار أنها صلة قلنا تسقط ، إذا مضت المدة من غير قضاء ، عملا بالدليلين بقدر الإمكان ، وذكر فى الغاية معزواً إلى الذخيرة ، أن نفقة ما دون الشهر لا تسقط . فكأنه جعل القليل مما لا يمكن الاحتراز عنه » .

ودليل الأئمة الثلاثة فى اعتبار النفقة واجبة عوضاً لا تبرعاً أو صلة :

(أولا) أمر الشارع الحكيم بها أمر إلزام ، فقد قال تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته » وقال تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وأنها لو كانت صلة أو شبه صلة ما أجبر عليها وألزم بها .

(وثانيا) أنها وجبت بمقتضى العقد الصحيح فى مقابل قيامها على البيت ومصالحه . فهى عوض . وهى كالأجرة أوجبها الشارع على سبيل المقابلة .

وإذا كانت عوضاً . فإنها تكون ديناً كسائر الديون من وقت استحقاقها ككل أجرة عوض .

ودليل الحنفية أن الله سبحانه وتعالى سماها رزقاً والرزق اسم للمعونة : كرزق القاضى والعامل فى بيت المال لا يملك إلا بالقبض . وإن الاحتباس والقيام على البيت ورعاية الأولاد لا تعود مصلحتها على الزوج وحده . بل تعود عليهما معاً . واعتبارها عوضاً خالصاً يوجب أن تكون منافع هذه الأمور للزوج وحده ليس كذلك . بل إن وجوب النفقة على الزوج إنما هو من قبيل تقسيم الواجبات بينهما . ولا معارضة إلا أن تكون من قبيل مقابلة الحقوق بعضها ببعض . ولا وجه لقياس النفقة فى النكاح على الأجرة . لأن هناك فرقاً بين النكاح والإجارة . ولأن الأجرة فى الإجارة معلومة القدر . فتثبت ديناً من وقت وجوبها . أما النفقة فإنما تجب على قدر الكفاية . وليست معلومة قبل الفرض والتقدير علماً كافياً لاعتبارها ديناً . وإنما علمها بعد الاتفاق عليها . أو فرض القضاء لها . فتكون ديناً بعد ذلك .

٢٠٨ – ويلاحظ أن العمل فى مصر بعد القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على مذهب الأئمة الثلاثة من حيث كون النفقة تكون ديناً قوياً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء (١) كما قرر أنها تكون ديناً من وقت الامتناع مع

---

(١) يلاحظ أن الإبراء الذى يسقط النفقة هو الإبراء عن النفقة الماضية ، لا النفقة المستقبلة ، لأن الإبراء إسقاط لدين واجب الوفاء ، والنفقة المستقبلة لم تجب فلا تكون ديناً ، فلا تقبل الإبراء ، وأيضاً لو أبرأته عما يستقبل من النفقة لكان إسقاطا للشىء قبل وجود سببه . لأن السبب هو الاحتباس المتجدد ، ولم يوجب الاحتباس الذى أوجب النفقة المستقبلة إذ الاحتباس يتجدد آناً بعد آن وكما لا يصح الإبراء عن النفقة فى المستقبل لا تصح هبتها ، لأن هبة الدين لمن =

استحقاقها . وقد اشتملت على هذه الأحكام – المادتان الأولى والثانية من هذا القانون . نصهما :

المادة الأولى – تعتبر نفقة الزوجة التي سلمت لزوجها ، ولو حكما ، ديناً فى ذمته من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما . ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء .

المادة الثانية – المطلقة التي تستحق النفقة تعتبر نفقتها ديناً كما فى المادة السابقة من تاريخ الطلاق .

ولقد جاء فى تعليمات وزارة العدل التي صحبت هذا القانون عند الكلام على هاتين المادتين :

« اشتملت هاتان المادتان على حكمين مخالفين لما كان العمل جارياً عليه قبل صدور هذا القانون ، وهما :

(١) أن نفقة الزوجة أو المطلقة لا يشترط لاعتبارها ديناً فى ذمة الزوج القضاء أو الرضاء ، بل تعتبر ديناً من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه .

(٢) وأن دين النفقة من الديون الصحيحة ، وهى التي لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء (١) ويترتب على هذين الحكمين :

= عليه الدين إبراء . وقد استثنوا من الإبراء عن نفقة مستقبلة الإبراء عن نفقة شهر وليس من الإبراء الخلع على إسقاط نفقة العدة لأن ذلك إسقاط للمطالبة بها .

(١) الإبراء الذى تسقط به النفقة عند الحنفية هو الإبراء الذى يكون بعد فرض القاضى أو التراضى بينهما وتكون النفقة قد وجبت وتمضى مدة كما بينا وذلك لأن الإبراء لا يكون إلا عن دين . ولا تثبت النفقة ديناً إلا من وقت الحكم أو التراضى عندهم ومضى مدة ، ولذلك لو اشترط عليها وقت العقد أن تكون النفقة تموينا فطلبت التقدير كان لها ذلك إن امتنع عن التموين وقال ابن نجيم فى البحر . « القواعد تقتضى أن لها ذلك . لأن هذا الشرط ليس بلازم إذ هو شرط فيما لم يكن واجباً بعد . ولهذا قالوا : إن الإبراء من النفقة لا يصح إلا إذا وجبت بالقضاء أو الرضا . ومضت مدةفحينئذ يصح الإبراء . كذا فى البدائع ، وفى البزاز لو قالت : أنت برىء من نفقتى ما دمت امرأة فإن لم يفرض القاضى لها النفقة فالإبراء باطل وإن فرض القاضى لها النفقة كل شهر عشرة دراهم صح الإبراء من نفقة الشهر الأول دون ما سواه » وهذا الكلام لا يستقيم بالنسبة للنفقة قبل التقدير فى المذهب المالكى المعمول به الآن ، لأنه قبل التقدير أو الحكم النفقةتثبت ديناً ما دامت مستحقة وامتنع عن الأداء ، أما بعد الحكم فإن الظاهر أن الحكم متفق =

(أ) أن للزوجة أو المطلقة أن تطلب الحكم لها بالنفقة على زوجها عن مدة سابقة على الترافع ، ولو كانت أكثر من شهر ، إذا ادعت الزوجة تركها من غير نفقة مع وجوب الإنفاق عليها فى هذه المدة طالت أو قصرت ، ومتى أثبتت بطريق من طرق الإثبات ، ولو كانت شهادة الاستكشاف .. حكم لها بما طلبت .

(ب) أن دين النفقة لا يسقط بموت أحد الزوجين ولا بالطلاق ، فلمطلقة الحق فيما تجمد لها من النفقة حال قيام الزوجية ، ما لم يكن عوضاً عن الطلاق .

٢٠٩ - هذا ما أتى به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ خاصاً بالنفقة ، وليس لنا عليه نقد فيما يتعلق بقوة دين النفقة إنما موضع النقد فى جعل النفقة ديناً من وقت الامتناع مع الاستحقاق ، فإن ذلك فتح الباب لكثير من النساء اللائى يكذبن فى دعواهن عدم الإنفاق فى آماد طويلة سابقة على الدعوى ، ولقد لاحظ ولى الأمر ذلك ، فمنع سماع الدعوى عن مدة سابقة على الطلب لأكثر من ثلاث سنوات منعاً لكذب النساء اللائى اتخذن ما جاء بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ سبيلا للكذب والادعاء الباطل كيداً وإعناتاً ، فقد جاء فى المادة ٩٩ من لائحة الإجراءات الشرعية ما نصه :

« ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى » .

ولقد جاء فى المذكرة الإيضاحية خاصاً بذلك : « أما النفقة عن المدة الماضية فقد رئى أخذاً بقاعدة تخصيص القضاء ألا تسمع الدعوى بها لأكثر من ثلاث سنوات ميلادية نهايتها تاريخ قيد الدعوى .. ولما كان فى إطلاق المطالبة بالنفقة المتجمدة عن مدة سابقة على رفع الدعوى احتمال المطالبة بنفقة سنين عدة ترهق الشخص الملزم بها رئى من العدل دفع صاحب الحق فى النفقة

= مع المذهب الحنفى ، لأن النفقة لا تثبت ديناً إلا إذا وجب أداؤها وامتنع عن الأداء ولا يجب الأداء إلا عن الشهر ، فلا يقع الإبراء إلا عنه . ولا يمكنها أن تبرئه ، ولو أسقطت الحكم لا يجب أداء شىء بمقتضاه ، ولكن لها أن تطلب الحكم من جديد ، ولا يكون لها أن تطالبه بأى نفقة قبل الحكم ، لأن الإبراء قد تناولها .

إلى المطالبة بها أولا فأولا ، بحيث لا يتأخر أكثر من ثلاث سنين ، وجعل ذلك من طريق منع سماع الدعوى ، وليس فى هذا الحكم ضرر على صاحبة الحق فى النفقة ، إذ يمكنها المطالبة بها قبل مضى ثلاث سنين » .

ولا تزال مدة ثلاث السنين طويلة ترهق الزوج ، وتتسع لكذب الكاذبات . وعندى أن الأولى هو الرجوع إلى مذهب أبى حنيفة فى هذا فإن النساء فى مصر قسمان : قسم لا يلجأ قط إلى الحاكم ، وهؤلاء لا ينتفعن من ذلك ، وقسم يلجأ إلى المحاكم بمجرد مغاضبة الزوج ، وامتناعه عن الإنفاق وهؤلاء يجدن فى ثلاث السنين باباً للكيد والأذى .

٢١٠ — هذا هو المعمول به الآن فى مصر ، ومن الحق علينا أن نبين فى هذا المقام ما كان معمولا به من قبل ، بعد أن بينا الأساس الفقهى له . وهو مذهب أبى حنيفة وأصحابه .

لقد كان المعمول به كما نوهنا أن النفقة لا تكون ديناً قبل التراضى أو القضاء ، وبعد التراضى أو القضاء تكون ديناً ضعيفاً يسقط بالأداء ، والإبراء وبالطلاق ، والموت ، والنشوز ، إلا إذا كان ثمة استدانة بأمر الزوج أو أمر القاضى .وذلك لأن استدانتها فى هذه الحالة تكون بالنيابة عن الزوج . فيكون الدين فى ذمته ابتداء لا على الزوجة ، وكذا إذا كانت الاستدانة بأمر القاضى لأن أمر القاضى كأمر الزوج ، إذا القاضى قام لرفع المظالم ؛ فإذا تعينت الاستدانة طريقاً لرفع الظلم عن الزوجة ، ولم يأمر الزوج بها ، أمر القاضى بالنيابة عنه ، فيكون أمره كأمره .

وإذا لم تستدن النفقة بأمر الزوج أو بأمر القاضى كانت ديناً ضعيفاً عند الحنفية ، فيسقط بالموت والطلاق والنشوز كما يسقط بالأداء والإبراء على خلاف فى الطلاق والنشوز .

(أ) أما الموت : فإنه إذا مات أحد الزوجين ، وقد كانت لها نفقة فى ذمة الزوج لم تستدنها بأمر الزوج أو أمر القاضى فإنها تسقط لأن النفقة صلة من وجه ، والصلات كلها تسقط بالموت. وذكر صاحب البدائع أنه لا خلاف فى المذهب الحنفى فى أن النفقة الماضية المتجمدة تسقط بالموت

وكما أن النفقة المتجمدة لها تسقط بالموت ، كذلك إذا عجل لها نفقة

ثم مات قبل مضى وقتها ، فليس لورثته أن يرجعوا عليها بالباقى عند الشيخين ، لأنها صلة قد تمت بالقبض ولزمت بالموت . فلا يجوز الرجوع . وروى عن محمد أن لهم أن يرجعوا بالباقى إن كان قائماً ولا يرجعون إن كان هالكاً ، وروى أنه قال : يجوز الرجوع فى شهر وما دونه ، ولا يجوز الرجوع فيما زاد على ذلك . وهو فى هذه الروايات المختلفة رجح جانب العوض فى القائم دون الهالك أو فى المدة الطويلة التى زادت عن شهر . ومثل الموت . الطلاق فى هذا .

وإن ذلك الجزء من مذهب أبى حنيفة لا يزال المعمول به فى الفقه ، فإذا قدم لها نفقة سنة مثلا ثم مات لا تسترد ، إذ لم يوجد ما ينسخ هذا الحكم ، وقد صرح ببقائه فى مشروع القانون المادة ٨٠ — ونصها . « لا تسترد النفقة التى دفعت معجلا بسبب الطلاق أو الوفاة » .

(ب) والطلاق : قد اختلف فقهاء المذهب الحنفى فى سقوط المتجمد من النفقة به إذا لم يكن مستدانا بأمر الزوج أو القاضى ، فقال بعضهم : لا تسقط به . لأنها بقضاء القضاء صارت دينا . وإن لم يكن قوياً من كل الوجوه ، وقال بعضهم (وهو المختار عند كثير من أصحاب المتون ، والفتاوى) . إن المتجمد يسقط بالطلاق . لأن الطلاق كالموت . ولأن النفقة صلة ، والصلة قد انقطعت .

وقد اختار صاحب البحر . أن الطلاق رجعياً أو بائناً لا يسقط النفقة ، لأنها تجب لها النفقة فى العدة فأولى ألا يسقط الثابت لهـــا من قبل ، ولأنه لو كان الطلاق يسقط النفقة . لا تخذه الرجال ذريعة لإسقاط ما عليهم من نفقات ، والذى اختاره ابن عابدين أنه إن كان الطلاق لسوء أخلاقها أسقط المتجمد وإلا لم يسقط .

ويظهر من التعليلات . أن الطلاق الذى يسقط المتجمد أو المعجل من النفقة هو الطلاق البائن . لا الطلاق الرجعى . إذا حصلت الرجعة فى أثناء العدة .

وعندى . أن من يراجع كتب المتقدمين من الفقهاء لا يجد ما يدل على أن الطلاق يسقط النفقة الماضية المفروضة ، وأن المتأخرين هم الذين أخذوا بهذا الرأى وحاولوا أن يقيسوه على الموت ، مع أن الفارق بين الأمرين عظيم.

ويلاحظ أن من أسقط النفقة المفروضة الواجبة بالطلاق قال : إن المعجلة ليس له أن يطالب بردها .

(٣) والنشوز : يسقط النفقة المفروضة المتجمدة قبله عقابا لها على نشوزها حتى لا تقدم عليه بعد الفرض ، وقد ذكر ذلك فى بعض كتب الإمام محمد ، فإذا كان لها نفقة شهر أو أكثر ثابتة فى ذمته ثم نشزت سقطت تلك النفقة إلا إذا كان ثمة استدانة بأمر الزوج أو القاضى ، ولو عادت إلى بيته لا يعود ما سقط .

٢١١ - أخذ كفيل بالنفقة : يجوز أخذ كفيل بالنفقة الماضية المتجمدة المفروضة ، لأنها دين ثابت واجب فى الذمة . أما النفقة المستقلة فهل يجوز أخذ كفيل بها ؟ إذا كانت قدرت بالقضاء أو الرضاء يجوز أخذ كفيل بها ، ولكن أبا حنيفة لا يعتبره كفيلا إلا عن شهر فقط . لأن ما بعد الشهر لم يثبت بعد . فلا يؤخذ عنه كفيل . أما الشهر فقد وجب أداؤه . فكان الزوج مطالبا به . فيكون الكفيل مطالبا أيضاً ، وغير الشهر لم يكن الأصيل مطالبا به فلا يكون الكفيل مطالبا إذ مطالبته مبنية على مطالبة الأصيل ، وقال أبو يوسف : يكون الكفيل مطالبا عن المدة المذكورة فى الكفالة عن النفقة المستقبلة طالت أو قصرت . وذلك للرفق بالناس . ولمعونة الزوجة على استيفاء حقها فى النفقة . ولقد جاء فى البحر وابن عابدين أن الفتوى على قول أبى يوسف . لأنه أكثر تسهيلا لاستيفاء الحقوق .

وإذا لم تكن مفروضة فهل يصح أخذ كفيل بها ؟ اختلفت فى ذلك عبارات الكتب . ففى الذخيرة : « أنه لا فرق بين المفروضة وغير المفروضة فى جواز أخذ الكفيل ، على الاختلاف فى مدة الكفالة من حيث كونها بشهر فقط . أو لأى مدة . وعبارة فتح القدير لم تخص المفروضة دون غيرها ، وهذا نصها : « وعن أبى يوسف لو كفل لها بنفقتها ما عاشت أو كل شهر ، أو ما بقى النكاح بينهما صح . وقال أبو حنيفة : على شهر واحد ، ولو كفل لها نفقة سنة جاز ، وإن لم تكن واجبة . ولو طلقها رجعياً أو بائناً والمسألة بحالها ، كفل بنفقة عدتها كل شهر ، لأن العدة من أحكام النكاح . فترى من هذا أن العبارة تعم حال الفرض والتقدير . وحال عدمها ، وفحوى كلام ابن عابدين يفيد ذلك أيضاً ، وهذا نص عبارته :

« وإن الاستحسان : الجواز . وإن لم تجب فى الحال ، وأنه يصير كأنه كفل لها بما ثبت لها على الزوج . وبما ثبت لها عليه بعد . والكفالة بذلك جائزة فى غير النفقة فكذا فى النفقة ، ولا يخفى أن علة الاستحسان ثابتة فى مسألة الحضرة والغيبة ، ويدل عليه إطلاقهم مسألة ضمان الأب نفقة زوجة الابن » .

ولكن الرملى يرى أن نفقة الغائب يجوز أخذ كفيل بها . وإن لم تكن مقدرة . أما نفقة الحاضر ، فلا يجوز أخذ كفيل بها . إلا إذا كانت مقدرة .

والخلاصة من كل هذا الكلام أن النفقة غير المقدرة — بعض الكتب جعلها كالمقدرة فى جواز أخذ كفيل ، وبعضها منع جواز أخذ الكفيل فى غير المقدرة إذا كان حاضراً . وجوز الكفالة بها إن كان غائبا .

٢١٢ — وهل يجوز للقاضى أن يجبر الزوج على تقديم كفيل ؟ إذا كان الزوج حاضراً ولا يغيب ، فلا يجبر على تقديم كفيل ، وإذا قالت : إن زوجى يطيل الغيبة، وطلبت كفيلا بناء على ذلك ، وثبت لدى القاضى صدق قولها ، قال أبو يوسف يجبره القاضى على تقديم كفيل بشهر ، إذا كان لا يغيب أكثر منه . وبأكثر إن كان يغيب أكثر منه . وإن كان لا يعلم مقدار غيبته أخذ عليه كفيلا بشهر واحد فقط ، وهذا كله استحسان للرفق بالناس . وليسهل على الزوجة استيفاء حق النفقة الثابت لها بمقتضى الزواج .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز للقاضى أن يجبره على تقديم كفيل بالنفقة ، لأنها لم تثبت دينا بعد ، ولم يطالب بها بعد ، ولم يجبر على تقديم كفيل بحق لم يطالب به ولم يعرف أنه يمتنع عن الأداء ، وهذا هو القياس ، ولكن الفتوى على قول أبى يوسف فى هذا المقام أيضاً .

٢١٣ — المقاصة بدين النفقة : إذا كان الزوج له دين على الزوجة فهل يصح أن يسقط ما عليه من دين النفقة بطريقة المقاصة بين مالها وما عليها ؟ إن القواعد المقررة أن الدينين إذا تساويا فى القواعد ذهبا بالمقاصة إذا طلب أحد الطرفين . وإذا كان أحد الدينين أقوى من الثانى . فإن طلب المقاصة صاحب الدين الأقوى أجريت فيهما ، لأنه قد رضى بذهاب دينه القوى فى الدين الضعيف .

وإذا كان صاحب الدين الضعيف هو الذى طلب المقاصة لا تتم إلا برضا الآخر ، لأنهما لم يتساويا .

ولقد قال الحنفية : إن دين الزوجة فى غير حال الاستدانة لا يكون ديناً قوياً .

ولذا قرروا أن الزوج إن طلب المقاصة أجيب لأن دينه قوى ، أما الزوجة إذا طلبت المقاصة فلا تجاب إلا إذا رضى الزوج .

هذا مذهب الحنفية ، والمعمول به الآن فى مصر أن الدينين متساويان ، ولذلك تجرى المقاصة ، وتجوز سواء أكان الذى طلب المقاصة هو الزوج أم الزوجة . وكان العمل من قبل على أن المقاصة لا تكون إجبارية إلا إذا طلبها .

ولاشك أن المقاصة قد يكون فيها أذى بالمرأة إذا لم تكن موسرة ، لأن ما تأخذه تنفق منه ، فليس من العدل أن تجرى فيه المقاصة من غير رضاها وإن النفقة لها امتياز خاص ، وهى من ضروريات الحياة .

وإن مذهب أحمد بن حنبل على أن المقاصة تجرى إذا كانت بطلب الزوجة ولا تجرى إذا كانت بطلب الزوج إلا إذا رضيت . أو ثبت أنها موسرة تستطيع أداء الدين من مالها ، إذا كانت معسرة فلا يجاب الزوج إلى طلب المقاصة . وهذا رأى معقول ، ولذا اقترح العمل به فى مشروع القانون الذى اقترح سنة ١٩١٥ وهذا نص المادة ١٢٤ منه :

« إذا طلبت الزوجة مقاصة دين نفقتها بما عليها لزوجها أجيبت إلى طلبها إلا إذا كانت الزوجة موسرة قادرة على أداء الدين من مالها ، فإن لم تكن كذلك فلا يحتسب عليها بدينه شيئاً من نفقتها »

ولكن ذلك الرأى ما زال مقبوراً مع هذا المشروع ، وما عليه العمل لا يمنع جريان المقاصة إن طلب أحدهما ، ولو كانت فى أشد الحاجة إلى النفقة . وإن ذلك لا يتفق كما قلنا مع العدل ، ولا مع ما جعلت القوانين لدين النفقة من امتياز يجوز الحبس فى سبيله ، ولا يجوز فى غيره من الديون :

نكاح الذميين

٢١٤ - تبنى أحكام نكاح غير المسلمين الذين يعيشون فى ظل الدولة الإسلامية على قاعدة ، وهى أنه يمنع الحاكم المسلم من التعرض لهم ، فحالهم دافعة للتعرض ، وليست بمثبتة حقوقاً ، ولذا إذا تحاكموا أمام القاضى المسلم حكم بالشرع الإسلامى ، وعلى هذه القاعدة نقول :

كل نكاح كان صحيحاً عند المسلمين لاستيفائه شروط الصحة جميعاً ، فهو صحيح عند الذميين ، هذا أمر مجمع عليه ، لأن زواجهما ما دام قد صدر صحيحاً فى نظر الإسلام مستوفياً شروطه ، لا معنى لفسخه من بعد ، ولكن روى أن مالكا رضى الله عنه قال : إن أنكحتهم فاسدة لأنها لا تخلو من فقد شرط الولاية ، أو إسلام الشاهدين ، ولقد قال فى ذلك ابن الهمام فى فتح القدير واستشكله بعض المالكية ، ولا وجه له لثبوت ولاية المسلم على غير المسلم ، ولعدم اشتراط الشهادة فى العقد عندهم ، ولو قلنا إنها شرط ، فلو عقده جماعة من المسلمين ينبغى أن يصح .

وإذ فسد النكاح عند إنشائه لعدم استيفائه بعض شروط الصحة فى نظر المسلمين ، فقد قسم أبو حنيفة والصاحبان مع بقية الأئمة الفساد إلى قسمين : فساد بسبب تخلف شرط هو شرط بقاء وإنشاء ، كتزوج بعض المحارم على التأبيد فى نظر الإسلام .

أما القسم الأول ، كالنكاح بلا شهود ، والنكاح فى عدة ذمى آخر ، أو فى عدة مسلم ، فقد قالوا : « إنه إذا كان فى الزواج اعتداء على حق مسلم فلا يجوز ، ولذا اتفقوا على فساده ، إذا كان فى عدة المسلم ، إذ للقاضى حينئذ الحكم بإبطاله عند إنشائه ولو لم يترافعوا إلينا ، لما فيه من اعتداء على حق المسلم ، ويستمر له حق فى إبطاله ، ولو أسلما ، لأن الاعتداء يجب رفعه ، ولو تقادم العهد ، أما إذا لم يكن ثمة اعتداء على حق مسلم ، كالنكاح بلا شهود ، فقد صححه الصحاب الثلاثة ، ومعهم الشافعى وأحمد ، ومالك ، على ما جاء فى المغنى ، والحكم بالصحة يظهر أثره إذا ترافعا إلينا ، أو أسلما معاً أو أسلم الزوج .

واختلف الفقهاء مع ذلك فى حال زواجهما فى عدة غير المسلم ، فقد قال أبو حنيفة إن الزواج يكون صحيحاً بالنظر لها ويقران عليه ، وإذا أسلما لا يفرق بينهما ، وكذلك إذا ترافعا ، أو أسلم الزوج ، وقال الصاحبان ، إن النكاح باطل ولا يظهر أثر الحكم بالبطلان إلا إذا ترافعا إلينا ، أو أسلما أو أسلم الزوج ، أما قبل ذلك ، فقد أمرنا بتركهم وما يدينون .

وحجة أبى حنيفة أنهم لا يخاطبون بأحكام الشارع فى الإسلام ما داموا لم يدخلوا فى الإسلام ، فلا يمكن جعل العدة لازمة فى حقهم ، ولا فى حق الشرع ، إذ لا يدينون به ، ولا جعل العدة لازمة لحق الزوج الأول ، لأنه لا يعتقده ، وعلى ذلك يكون الزواج صحيحاً بينهم .

وحجة الصاحبين أن العدة لازمة بحكم الشريعة الإسلامية ، وهم يخاطبون بها ، وقد أجمع عليها فقهاء المسلمين ، بخلاف الشهود فإن اشتراطهم ليس موضع إجماع ، فلا يكون عقدهم فى عدة غير المسلم صحيحاً ، ويظهر البطلان عند الترافع أو الإسلام .

وقد حرر كمال الدين بن الهمام موضع الخلاف بين الإمام والصاحبين ، فحصره فى حال الترافع ، أو الإسلام ، والعدة لم تنته ، أما إذا كانت قد انتهت فإن النكاح يكون صحيحاً يقران عليه ، وذلك قال « فى المبسوط » إن الخلاف بينهم فيما إذا كانت المرافعة أو الإسلام والعدة القائمة ، أما إذا كان بعد انقضائها فلا يفرق بالإجماع ، أى أن العبرة بحال المرأة عند الترافع أو الإسلام ، فإن كانت بحال يجوز ابتداء العقد فيها أقر العقد ، وإن كانت بحال لا يجوز ابتداء العقد فيها فهنا موضع الخلاف على ما حرره ابن الهمام .

هذا هو حكم القسم الأول ، أما القسم الثانى ، وهو ما إذا تخلف شرط بدلا منه للاستمرار والبقاء كالحرمة على التأبيد أو تزوج المطلقة ثلاثا قبل أن يتزوجها زوج آخر ، ويدخل بها ، ثم يطلقها ، فقد اتفق الإمام والصاحبان على أنهما لا يقران عليه ، إذا ترافعا إلينا فى شأنه أو أسلما ، أو أسلم الزوج أو ترافعت هى (١) .

---

(١) اتفقوا على أنه إذا طلقها ثلاثاً ، فترافعت إلينا لأنه يعاشر بغير حل ، وجب منعه لأن ذلك رفع الظلم ما دامت لم ترض بالمعاشرة بعد الطلاق الثلاث ونطقه بالطلاق الواحد أو الثلاث دليل على أنه يدين بوقوع الطلاق ، وهو مؤاخذ بقوله .

إنما موضع الخلاف فى اعتباره قبل الترافع أو الإسلام صحيحاً أو غير صحيح فالصاحبان اعتبراه فاسداً ، وأبو حنيفة اعتبره صحيحاً بالنسبة لهم وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا ترافعا فى النفقة مثلا ، ولم يجعلا الزواج موضع النظر ، فالصاحبان لم يسوغا سماع الدعوى، لأن الزواج باطل ، وأبو حنيفة أجاز ذلك.

هذا ويجب التنبيه إلى أن زفر من بين فقهاء الجمهور ، قد قرر أن كل عقد قد قصد لفقدان أى شرط من شروط الصحة — فاسد عندهم ، سواء أكان شرطاً فى الإنشاء أم كان شرطاً للبقاء . وحجته فى ذلك أنهم لما قبلوا عقد الذمة ، التزموا أحكامنا ، ورضوا بها ، ومن أحكامنا ما تقرر أن النكاح من فساده إن كان بغير شهود ، أو فى عدة الغير مسلماً أو غير مسلم . ولأن غير المسلمين مخاطبون بالشريعة لما لها من عموم ، ولكن لا نتعرض لهم حتى يسلموا أو يترافعوا إلينا . احتراماً لحرياتهم الدينية . إلا إذا كان ثمة اعتداء على حق مسلم ، فإننا نتعرض لهم احتراماً لحق المسلم ، ومنعاً من الاعتداء عليه .

٢١٥ — ومهما يكن الحكم بالصحة أو البطلان ، فقد رأيت أنه لا يجوز التعرض لهم ما داموا يدينون بالعقد الذى أنشئوه . إلا إذا كان ترافع إلينا ، أو إسلام على الخلاف والتفصيل السابق .

وروى عن أبى يوسف أنه قال : إذا بلغ الحاكم أن ذميين يعيشان فى نكاح فاسد يفرق بينهما ، لقوله تعالى : (وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم) ولأن الشريعة عامة تلزم أحكامها من يستظلون بظل الإسلام ، ولأن لهم مالنا ، وعليهم ما علينا ، ولأن عمر رضى الله عنه كتب إلى عماله : « أن فرقوا بين المجوس وبين محارمهم » .

هذا ما روى عن أبى يوسف . ولكن السرخسى فى مبسوطه ، نفى صحة هذه الرواية ، وقال : « إنها خبر غير مشهور » ونقول : إن الآية التى سيقت للاستدلال لهذا الرأى نازلة فى حال الترافع .

والمشهور عن أبى يوسف ، وهو رأى أرق أئمة المذهب الحنفى ، أننا لا نتعرض لهم ، إلا إذا ترافعوا إلينا ، أو أسلم أحدهما ، ولقد استفاض واشتهر أن عمر بن عبد العزيز أرسل إلى الحسن البصرى يسأله قائلا : ما بال

الخلفاء الراشدين تركوا أهل الذمة ، وما هم عليه من نكاح المحارم ، واقتناء الخنازير والخمور ؟ فكتب إليه الحسن رضى الله عنه : إنما بذلوا الجزية ليتركوا وما يعتقدون ، وإنما أنت متبع ولست بمبتدع والسلام » .

ويقول السرخسى : « عمل الولاة والقضاة على هذا من ذلك اليوم إلى يومنا هذا ، ولم يشتغل أحد منهم بذلك ، مع علمهم أنهم يباشرون تلك الأنكحة الفاسدة »

ولقد اتفقوا على أنه إذا أسلم أحدهما — طبق حكم الإسلام فى الدائرة التى ذكرناها ، كما اتفقوا على أنهما إذا ترافعا طبق حكم الإسلام (١) لقوله تعالى : « فاحكم بينهم بما أنزل الله » .

أما إذا ترافع أحدهما ، فقد قال أبو حنيفة : لا يفرق بينهما ، وقال الصاحبان : يفرق بينهما ، وحجتهما أن من ترافع فقد التزم حكم الإسلام ، فصار كمن أسلم ، وإن أسلم أحدهما فرقنا ، إن كان النكاح قد فقد شرطاً من شروط البقاء ، ووجهة أبى حنيفة أن الآخر لم يلتزم أحكام الإسلام ، فراعاة لحقه وحفظاً لحريته الدينية لا يفرق ، وليس الأمر كإسلام أحدهما ، لأنه إذا أسلم أحدهما لا يعد العقد صحيحاً لاعتقاد المسلم عدم صحته ، ولذا فرقنا حماية لعقيدته .

٢١٦ — والجارى عليه العمل ، أن المحاكم الشرعية لا تتعرض للذميين فى أنكحتهم ، وما يترتب عليها ، وما يتصل بها من أقضية ، وكانت تحكم فيها مجالسهم الملية ، إذا كانا تابعين لمجلس ملى واحد ، وليس لهذه المحاكم أن تتعرض لهم إلا فى الأحوال الآتية :

١ — إذا اتحدت ملة الخصوم ، ولم يكن لهم نظام قضائى خاص بهم

---

(١) من المنصوص عليه أنه إذا رفعت الزوجة فى نكاح حكم الإسلام بفساده طالبة النفقة ، فعند أبى حنيفة خلافاً للصاحبين يحكم لها بالنفقة إذا رضى الزوج بالترافع لأننا لا نتعرض لصحة النكاح ما داما لم يجعلاه موضوع الترافع وهو صحيح فى نظرهم ، أما الصاحبان فلا يريان الحكم بالنفقة ، لأن النكاح فى نظر الإسلام باطل ، والحكم بالنفقة مبنى عليه ، فلا يحكم بها ، إذ قد أمرنا بأن نحكم بينهم بما أنزل الله .

وكذلك إذا تزوجت بغير مهر ، ثم طالبت به لا يحكم به عند أبى حنيفة إذا كانا لا يدينان بلزوم المهر ، والصاحبان قالا يحكم بمهر المثل .

كاللاتين الكاثوليك . لأنه ليس لهم من يتخاصمون لديه إلا هذه المحاكم ، لما لها من الاختصاص العام فى الأحوال الشخصية . ولا نخرج عن اختصاصها إلا من يكون لهم نظام قد منحتهم الدولة به حق القضاء بينهم .

٢ - إذا اتحدت ملة الخصوم . وكان لهم نظام قضائى ملى خاص بهم ، وترافعوا إلينا . ولم يدفع بعضهم بعدم الاختصاص ، لاتفاقهم على الترافع بين يديها وإسقاطهم ما منحوه من حق التقاضى أمام مجلسهم الملى . لأن لها فى الأصل الاختصاص العام .

٣ - إذا اختلفت ملة الخصوم ، لعدم اختصاص أى طائفة بالحكم ، فيثبت لها الاختصاص بما لها من الولاية العامة .

٤ - فى دعاوى المواريث إذا لم يتفق الخصوم جميعاً على تحكيم مجلسهم الملى أو مجلس بعضهم إذا اختلفت ملتهم ، وذلك لأن الميراث سواء أكان سببه القرابة أو الزوجية ، كان من اختصاص المحاكم الشرعية . ولم يعط أى مجلس ملى ذلك الحق ، فبقى حقاً لها . لكنهم إن اتفقوا على مجلس ملى مضى اتفاقهم . كمن يتفقون على محكم يحكم بينهم . وكذلك الوقف والوصية .

وبعد إلغاء المجالس الملية واندماج القضاء الشرعى فى الوطنى ، صارت المحاكم تقضى بشرائعهم إذا كانت مجالس ملية وألغيت استمراراً لما لهم من حق ،أما من لم يكن لهم مجالس ملية ، فإنه يحكم بينهم بالشريعة فى غير الطلاق .

٢١٧ - فى هذه الأحوال الأربع كانت تقضى المحاكم الشرعية . وتطبق الشريعة الإسلامية فيما تقضى به . بيد أنه لم يكن لها أن تسمع دعوى الطلاق ، إذا كان الزوجان أو أحدهما من ملة لا تجيز الطلاق . ولقد نصت على ذلك الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ ، وهذا نصها : « لا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين ، إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق » .

هذا نص قد جاء فى القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٢١ ، ولقد جاء فى المذكرة الإيضاحية ما نصه فى بيان الباعث عليه :

«كانت المحاكم الشرعية عملا بالمادة ٢٨٠ تحكم بوقوع طلاق غير المسلم على زوجته غير المسلمة فى الدعاوى المرفوعة من أحدهما على الآخر . وكان فى ذلك حرج ومشقة بالنسبة للطوائف التى لا تدين بوقوع الطلاق . لعدم استطاعة هذه المطلقة الزواج من آخر . طبقاً للتقاليد المتبعة فى ملتها . فتبقى

معلقة ، لا تتزوج ، وقد تحرم من النفقة ، فلا تجد من ينفق عليها . فرئى معالجة هذه الحالة ، عملا بمبدأ جواز تخصيص القضاء ، بالنص على عدم سماع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر ، إلا إذا كان الزوجان يدينان بوقوع الطلاق » .

وترى من هذا أن التقييد الذى جاءت به تلك الفقرة إنما كان لمنع القاضى من تطبيق المادة ٢٨٠ التى تجعل العمل بالراجح من مذهب أبى حنيفة بالنسبة للطوائف التى لا تدين بالطلاق ، وأما غيرها فإن القاضى يطبق المادة ٢٨٠ ، فيعمل بالراجح من مذهب أبى حنيفة بالنسبة لسماع دعاوى الطلاق لغير المسلمين إذا كانا يدينان به .

ولكن هل كان يقيد القاضى الشرعى بنظم الطلاق المطبقة عندهم ، من حيث إن الطلاق لا يقع إلا فى أحوال خاصة معينة فى نظم هذه الطوائف ؟ ظاهر هذا الجزء الذى نقلناه من المذكرة الإيضاحية أن يطبق الراجح من مذهب أبى حنيفة ، لأن منع تطبيق المادة ٢٨٠ بنص هذه المذكرة إنما كان بالنسبة لمن لا يدينون بالطلاق ، أما غيرهم ، فإنه تطبق المادة ٢٨٠ ، لأن حكم هذه الفكرة استثناء من حكم عام ، فبقى الباقى من المستثنى منه على أصله.

ولكن الذى يتفق مع روح العصر ، واحترام شعائر الطوائف أن يحكم القاضى مقيداً بنظم الطلاق عندهم ، على أنه لا يطلق هو ، ولكنه سيقرر أن الطلاق وقع فى الدائرة المرسومة عندهم ، فيحكم بصحة الدعوى فيه أو يقرر أنه لم يقع فى الدائرة المرسومة عندهم ، فلا يحكم بأى أثر للطلاق ، حتى يصححوا الوضع ، ويصدر عن أهله .

وقد ذكرت وزارة العدل الطوائف التى لا تدين بالطلاق فى منشور أرسلته إلى المحاكم ، فذكرت أنهما طائفتان : هما الروم الكاثوليك ، واللاتين الكاثوليك ، أما غيرهم ، فإن الطلاق يقع عندهم فى رسوم محدودة ، ولقد ذكر ذلك المنشور ، أن تطبيق هذا الجزء من القانون من تنظيم الاختصاص المتعلق بالنظام العام ، ولذلك يطبق على الدعاوى المطروحة أمام المحاكم الشرعية فى أى درجة من درجاتها ولو كانت درجة الالتماس ، رعاية للمصلحة العامة التى من أجلها شرع المنع من سماع الدعوى .

٢١٨ - ولنشر بكلمة موضحة إلى الطوائف التى تجيز الطلاق ، والطوائف التى لا تجيزه وأسبابه : فالكاثوليك ، ومن تفرع عنهم لا يجيزون الطلاق قط ، ويجيزون التفريق الجسدى فقط ، إذ لا يعتقدون إمكان انحلال الرابطة الزوجية لأن ما ربطه الرب لا يحله العبد .

وأسباب التفريق الجثمانى عندهم : (١) الزنى . (٢) والخروج عن المذهب الكاثوليكى . (٣) وتربية الأولاد فى بيئة غير كاثوليكية . (٤) ومعيشة الإجرام المزرية بالشرف . (٥) والخطر على هلاك النفس . (٦) والخطر على هلاك الجسد . (٧) وسوء المعاملة إلى درجة تجعل المعيشة صعبة جداً .

هذه هى حال التفريق الجسدى عند الكاثوليك ، وكان الظاهر أن الإنجليين مثلهم لأنهم يعتقدون اعتقادهم ، والفارق بينهم أنهم يرجعون إلى النصوص ويحاولون تفسيرها ، ولكن أجازوا التفريق فى الأحوال السابقة ، ولم يقتصروا على مجرد التفريق الجسدى .

والطوائف التى تسكن مصر ، وتجيز الطلاق فى دوائر وحدود مرسومة كثيرة منها :

الأرمن الأرثوذكس : وهم يجيزون الطلاق بمعنى حل رابطة الزوجية لا مجرد التفريق الجسدى فى أحوال محدودة ، وكان يتولى تحقيق السبب رجال الدين ، ومن هـــذه الأحوال : (١) الزنى من أحد الزوجين . (٢) محاولة التعدى من أحدهما على حياة الآخر . (٣) والحكم على أحدهما لجناية مخلة بالشرف . (٤) وتحـــريض الزوج زوجته على الفسق . (٥) وهجر الزوج زوجته . (٦) والغيبة المنقطعة ثلاث سنوات فأكثر . (٧) والأمراض العائقة عن القيام بحقوق الزوجية إذا طرأت بعده ومنها الجنون . (٨) وتعمد عدم الحمل والإجهاض . (٩) وتغيير الزوج لمذهبه أو دينه . (١٠) وسوء المعاملة . (١١) وعدم الاتفاق المستمر بين الزوجين .

اليونان الأرثوذكس : وأسباب التفريق عند هذه الطائفة تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

أولها - الأسباب التى تجيز للزوج طلبه ، وهى : (١) إذا لم يجدها بكراً . (٢) وإذا تعمدت عدم الحمل . (٣) وإذا كانت تنادم رجالا غرباء

عنها ، أو تشترك معهم فى الولائم ، أو تستحم معهم . (٤) وإذا قضت ليلتها بالرغم من زوجها خارج بيتها . (٥) وإذا ذهبت إلى ملاعب السباق والصيد والتمثيل دون علم زوجها ، مع منعه إياها من الذهاب . (٦) وإذا زنت وأثبتت زناها . (٧) وإذا هجرت زوجها ثلاث سنوات من تاريخ الحكم عليها بطاعته .

وثانى أقسام الأسباب ما يجيز للزوجة طلب التفريق . وهى : (١) إذا لم يباشرها الزوج لمدة ثلاث سنوات من تاريخ الزواج ولم تثبت قدرته على الحياة الزوجية . (٢) وإذا أرغمها على الدعارة . (٣) وإذا اتهمها بالزنى وعجز عن إثبات ذلك . (٤) وإذا هجرها ثلاث سنوات ولم يعلن بأمرها ، سواء أكان غائباً أم كان حاضراً . (٥) وإذا زنى بامرأة أخرى فى بيت الزوجية أو غيره . أو كان يرتاد محال الدعارة .

وثالث الأقسام من الأسباب : ما يجيز لكل من الزوجين طلب التفريق وهى (١) إذا طرأ الجنون على أحدهما . (٢) وإذا اعتنق أحدهما الرهبنة (٣) وإذا تآمر أحدهما على حياة الآخر . (٤) وإذا صدر ضد أحدهما حكم جنائى مخل بالشرف . (٥) وإذا اعتنق أحدهما مذهباً آخر . (٦) وإذا تآمر أحد على المملكة أو علم بهذه المؤامرة ، ولم يكشفها .

الأقباط الأرثوذكس : وهم أكثر الطوائف المسيحية بمصر عدداً وأسباب التفريق عندهم هى : (١) الزنى . (٢) والخروج من الدين المسيحى (٣) والأمراض المزمنة المانعة من تحقيق الغرض من الزواج ، كالجنون والجذام والبرص ، والعنة إذا مضت ثلاث سنوات ولم يصل إليها (٤) وإذا حاول أحدهما الإضرار بحياة الآخر . (٥) وإذا حاول الرجل إفساد أخلاق زوجته . (٦) وإذا تمادت الزوجة فى الفساد وغشيان الملاهى . (٨) والغيبة المنقطعة مدة خمس سنين إلى سبع ، مع جهالة الحال من حيث الحياة والموت أما إذا علمت الحياة فلابد من مضى سبع سنين . (٨) وإذا حكم على أحدهما بالحبس أكثر من سبع سنوات . (٩) وإذا ترهب أحدهما . (١٠) وإذا حدث ما يضر بنظام الزواج كوقوع الشر والخصام المستمر ، وعـــدم إقامة الواجبات والحقوق الزوجية . (١١) وإذا تزوجها بكراً فبانت غير بكر إلا إذا ثبت أن زوال البكارة لغير فسق .

وقبل أن ننتهى من هذا نشير إلى حكم أصدرته إحدى محاكم الأحوال الشخصية بأن الطلاق لا يجوز مطلقاً ولأى سبب أخذاً من نص الإنجيل غير معتمدة على سواه (راجع المحاماة ص ١٩٩ السنة السابعة والثلاثون) .

وهناك حكم آخر . قرر أنه لا يكون طلاق إلا من زنى ، وخطأ المجتهدين فى المسيحية (راجع المحاماة ص ١٥ لسنة ٣٩) .

الطائفة الإسرائيلية : الطلاق عند الإسرائيليين جائز . إذا كان بمسوغ ، غير أنهم اختلفوا فى أمرين :

(أحدهما) فى التوسع فى هذا المسوغ .

(وثانيهما) فى مساواة المرأة بالرجل فى طلب التفريق ، فالقراءون شددوا فى مسوغ الطلاق . فقالوا ، إن المسوغ هو أن يكون أحدهما غير محتمل الخلق أو الخلق ، أو يكون منه ما يمس الدين أو الآداب . وجوزوا للمرأة طلب الطلاق كما جوزوه للرجل على سواء .

والربانيون توسعوا فى المسوغ ، فيكفى مسوغا عندهم أن تحرق المرأة الطعام أو أن يرى الرجل أجمل منها ، ولا يسوغون التفريق للمرأة .

والطلاق عند الإسرائيليين جميعا لا يكون إلا أمام السلطة الشرعية .

٢١٩ - هذه استطرادات ذكرنا فيها حال الطوائف التى تقيم بمصر بالنسبة للطلاق . أو بعبارة أدق بالنسبة للتفريق بين الزوجين ، وقد سقناها شرحاً للفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

وهى تكشف عن المسوغات للتفريق عند الطوائف التى تجيز ليكون القاضى المختص - إذا قضى فى مسائل الطلاق الذى يكون عند وجود بعض هذه المسوغات - على بينة من الأمر .

ويلاحظ كما ذكرنا أن القاضى ممنوع من النظر إذا كان أحد الزوجين لا يدين بالطلاق ولا ينظر إلا إذا كان كلاهما يدين بالطلاق .

إسلام الزوجين أو أحدهما

٢٢٠ - إذا أسلم الزوجان ، والنكاح صحيح فى حكم الإسلام ، بقيا على زواجهما ، ولا يفرق بينهما ، لأنه ليس ثمة ما يوجب التفريق ، لأن

الزواج يكون صحيحاً عند المسلمين ، بحكم الإسلام عليه بالصحة إن صدر عن غيرهم ، وإذا كان الزواج فاسداً وقت إنشائه ، ولم يكن فيه اعتداء على حق مسلم ، ولكن وقت الإسلام كانا بحال يجوز إنشاء عقد الزواج فيها أقرا على زواجهما . كما إذا تزوجا بغير شهود ، أو فى عقدة غير مسلم على الخلاف فى ذلك . لأن الفساد لتخلف شرط للابتداء . وليس بشرط للبقاء ، ولأنهما يستطيعان إنشاء عقد الزواج فى الحال . فيكون من العبث الفسخ ثم الإنشاء .

وإذا كانا وقت الإسلام بحيث لا يمكنهما إنشاء الزواج كأن تزوجها فى حال التطليق ثلاثا ، قبل أن تتزوج زوجاً غيره ، أو تزوج محرمة عليه على التأبيد — يفسخ الزواج فى هذه الحال ، وكذلك إذا جمع بين أكثر من أربع فى عقد واحد . أو جمع بين الأختين فى عقد واحد . يفسخ زواجهما جميعاً . لأنه وقع باطلا . واستمر سبب البطلان ، أما إذا تفرقت العقود يفسخ المتأخر دون السابق . وهذا كله عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وعند محمد والشافعى لا تفسخ عقودهن إن جمعهن فى عقد ، ولا يصح عقد السابقة ويبطل سواه . بل يختار هو من يريد بقاءه لما روى أن غيلان أسلم وتحته عشر من النساء . فأمره النبى ﷺ أن يختار منهن أربعاً ، وروى أن فيروز الديلمى أسلم وتحته أختان . فخيره النبى ﷺ أيضاً .

وحجة أبى حنيفة وأبى يوسف أن الجمع بين المحارم أو أكثر من أربع محرم لمعنى قصده الشارع الإسلامى وهذا المعنى يشمل المسلم وغير المسلم . ولكن لا يتعرض له الحاكم رعاية لحريته الدينية . أما إذا أسلم فتطبيق حكم الإسلام يكون مستنداً إلى الماضى . فإذا كانتا أو كن فى عقد واحد ، فهو باطل . فلا يصح بعد الإسلام . وإن تفرقت العقود كان الأول صحيحاً والآخر باطلا . تطبيقاً لحكم المسلمين تماماً .

والأخبار الواردة يحتمل أن يكون التخيير فيها بالعقد عليهن من جديد .

٢٢١ — وإذا أسلمت الزوجة وحدها ، وفى الإمكان استئناف الحياة الزوجية بحكم العقد السابق . إذ لا سبب لإبطاله — عرض على الزوج الإسلام ، فإن أسلم بقى الزواج كما هو ، وإن لم يسلم فرق بينهما ، إذ المسلمة

لا تحل لغير المسلم ، ولا تفريق إلا بعد عرض الإسلام وإبائه ، ويكون سبب الفرقة هو إباء الزوج الإسلام ، وهذا مذهب الحنفية .

وقال الشافعي : إن كان إسلامها قبل الدخول فرق بينهما بمجرد إسلامها، وإن كان بعد الدخول لا يفرق بينهما ، إلا بعد انتهاء عدتها ، فإن أسلم في أثناء العدة بقيت الزوجية ، كما إذا أسلما معاً ، ووجهته في عدم عرض الإسلام أننا بعقد الذمة أمرنا بتركهم وما يدينون ، وكان التفريق في الحال قبل الدخول ، لعدم تأكد النكاح بالدخول ، أما في حال الدخول فقد تأكد النكاح ، فلا تتم الفرقة إلا بعد انتهاء العدة ، ولا يقربها في أثنائها ، لوجود السبب الموجب للافتراق .

وحجة الحنفية ما روى أن امرأة فارسية أسلمت ، فأمر عمر رضي الله عنه بعرض الإسلام على زوجها ، ولم يفرق قبل العرض ، ولأن الزواج كان قائماً فلابد من سبب للفرقة ، ولا يصلح الإسلام سبباً لها ، لأنه مقرر للحقوق ، لا قاطع لها ، ولا يصلح عدم الإسلام سبباً ، لأنه كان ثابتا من قبل ، والإباء وحده هو الذي يصلح سببا ، فكان لابد من تحققه بالعرض ، وليس في عرض الإسلام منافاة لعقد الذمة ، لأن منافاة العقد تكون في الإجبار ، ولا إجبار هنا .

والفرقة بإباء الزوج الإسلام طلاق عند أبي حنيفة ومحمد ، وفسخ عند أبي يوسف ، لأنه سبب يصلح أن يكون من المرأة ، إذا كانت مشركة وأسلم زوجها ، وكل سبب للفرقة يصلح أن يكون من المرأة إذا وقع من الرجل كان فسخاً ، لأنه إن وقع منها كان فسخاً ، فيكون منه فسخاً أيضاً ، إذ لا يعطي الشارع العمل الواحد حكمين مختلفين .

وحجة الطرفين أن التفريق لإباء الزوج الإسلام بمنزلة إيقاع الطلاق ، لأنه بإسلامها وإبائه الإسلام يفوت الإمساك بمعروف ، فيتعين التسريح بإحسان ، وكان يجب أن يطلق ، فلما لم يفعل فرق القاضي بينهما ، كالتفريق للعيب وذلك طلاق ، فيكون التفريق للإباء طلاقاً أيضاً .

ويعرض الإسلام على الزوج إذا كان بالغا عاقلا ، أو صغيراً مميزاً (١)

---

(١) وعرض الإسلام على الصبي المميز هو الاستحسان، لا القياس ، ولذلك قال صاحب =

فإن كان صغيراً غير مميز انتظر حتى يصير مميزاً ، فيعرض عليه الإسلام ، وذلك لأن له نهاية معلومة فينتظر . أما إذا كان الزوج مجنوناً ، فيعرض الإسلام على أبويه فإن أسلم أحدهما كان مسلماً بإسلامه ، وإن لم يسلم واحد منهما فرق بينهما وإن لم يكن واحد منهما حياً أقام القاضى وصياً للخصومة وحكم بالتفريق فى مواجهته .

٢٢٢ - وإذا أسلم الزوج وزوجته كتابية بقى الزواج ، لأن المسلم له أن يتزوج بالكتابية ابتداء .

وإذا أسلم الزوج ، وزوجته غير كتابية . عرض عليها الإسلام أو الدخول فى دين كتابى ، فإن فعلت بقى الزوج ، وإلا فرق بينهما وكانت الفرقة فسخاً ، وإذا انتقلت الكتابية من دينها إلى دين كتابى آخر بقى الزواج .

٢٢٣ - وقبل أن نترك هذا المقام نشير إلى ثلاث مسائل :

أولاها - أن من يسلم من الزوجين يكون له كل حقوق المسلم . فإذا أسلمت الزوجة وأبى هو الإسلام استحقت المهر إن كان قد دخل بها ، ونصف المهر إن لم يكن ، والمتعة إن لم تكن تسمية .. إلخ ، وإذا أسلم الزوج وامتنعت هى عن الدخول فى الإسلام أو دين كتابى كانت له حقوق المسلم فتجب العدة ... وهكذا .

ثانيها - أن الإشهاد ليس بشرط لتحقيق الإسلام ، بل هو إجراء نظامى ليس بلازم .

ثالثها - أن شهادة أن لا إله إلا الله ، وأن محمداً رسول الله ، كافية لتحقيق الإسلام ، بشرط ألا يكون منه أو منها ما يدل على بقاء الشخص على عقيدته الأولى ، وقد بينا ذلك ونصوصه عند الكلام على زواج المسلم من كتابية فى المحرمات .

= المبسوط فى ذلك « فى القياس لا يفرق بينهما ، لأن الإباء إنما يتحقق موجباً للفرقة ممن يكون مخاطباً بالأداء ، والذى لم يبلغ ، وإن كان عاقلا ، غير مخاطب بذلك ، ولكنه استحسن فقال : كل من صح منه الإسلام إذا أتى به صح منه الإباء إذا عرض عليه ، والصبى المميز يصح منه الإسلام إذا أتى به » .

إثبات الزواج

٢٢٤ — المقرر فى الفقه الحنفى أن الإثبات يكون بواحد من ثلاثة ، هى :

(أ) البينة : وهى أقوى الحجج ، لأنها حجة متعدية ، والثابت بها ثابت على الكافة ، ولا يثبت على المدعى عليه وحده ، بل يثبت عليه ، وعلى من يتعدى الحكم إليه ، ولها شروط مقررة فى قسم المرافعات الشرعية ، ومن شروطها العدالة ، ولا يكون الشاهد من أصول المشهود له أو فروعه ، أو زوجته ، وأن يعاين المشهود به ، بيد أنه يجوز فى الزواج أن يكون أساس الشهادة التسامع والشهرة ويستغنى فيه عن المعاينة .

(ب) الإقرار : وهو حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى من يتعدى إليه الحكم بالبينة ، بل لابد من إثبات جديد .

النكول عن اليمين ، وهو عند أبى حنيفة بذل ، وعند الصاحبين إقرار ، ولذا يقول أبو حنيفة : أن اليمين لا توجه فى دعاوى الزواج لأن المدعى عليه إن نكل كان نكوله بذلا ، والبذل لا يجرى فى الزواج وأشباهه .

وأما عند الصاحبين ، فإن اليمين توجه فى الزواج ، لأن النكول عندهما إقرار لا بذل .

وعلى ذلك إذا تداعى شخصان رجل وامرأة بشأن وجود الزواج ، فادعى الرجل وجوده ، تسأل المرأة ، فإن أقرت ، قضى بالزواج وثبت بتصادقهما عليه . وإن أنكرت كان على الزوج البينة ، لأن البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر ، فإن عجز عن البينة ، وجهت اليمين إلى المرأة على رأى الصاحبين . فإن حلفت رفضت دعوى الزوج ، وكان هذا القضاء فى الفقه الحنفى قضاء ترك لا يمنع المدعى من تجديد الدعوى إن وجد البينة إذ القضاء بالحلف قضاء ترك على ما هو مقرر فى الفقه .

وإن نكلت عن اليمين قضى عليها بالزواج ، لأن النكول إقرار على مذهب الصاحبين المفتى به فى الفقه الحنفى .

ولقد تكلم الفقهاء فى إقرار ولى القاصر ، أيعتبر ؟ إن المقرر من أن الولى يكون خصما عن المولى عليه ولكن لا تسرى أقاريره عليه ، لأنه نائب عنه

فيما هو من مصلحته ، والإقرار ليس من مصلحته ، ولكن الفقهاء أجازوا صحة إقرار الولى على النفس بالزواج إن كان هو الذى تولاه ، لأنه إقرار بتصرفه ، وإقرار الإنسان بتصرفه جائز ، هذا مقرر عند الصاحبين قولا واحداً ، أما عند أبي حنيفة فقد اختلف النقل عنه ، فقيل إنه يمنع الإقرار حال الولاية وبعد انتهائها ، وقيل إنه يمنعه بعد انتهائها ، ويتفق مع الصاحبين حال قيامها (١) .

٢٢٥ — وما جاء بالقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ من طرق إثبات الزواج لا يتفق من كل الوجوه مع الفقه الحنفى ، ونبينه فيما يلى لأنه المعمول به .

إذا كان المدعى عليه مقراً بالزوجية ثبتت ، سواء أكان ذلك فى حياة الزوجين أم كان بعد وفاتها أو وفاة أحدهما .

وإذا كان منكراً فهنا يختلف الحكم بحسب المدة التى وقع فيها الزواج موضوع المخاصمة ، والمدد أربع هى :

(أ) المدة قبل سنة ١٨٩٧ . (ب) المدة بين سنة ١٨٩٧ وأول ١٩١١ (ج) المدة بين أول سنة ١٩١١ وآخر يولية سنة ١٩٣١ ، (د) المدة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ ، فحوادث الزواج السابقة على سنة ١٨٩٧ تثبت عند الإنكار بالبينة ، بشرط أن يكون الزواج معروفاً بالشهرة العامة ، سواء أكانت الدعوى فى حياة الزوجين أم بعد وفاتهما ، لأنه إن لم تكن ثمة لائحة قيدت سماع الدعوى ، فبقيت قواعد الإثبات فيها ، كما هى فى الفقه .

وحوادث الزواج التى كانت بين سنة ١٨٩٧ وأول سنة ١٩١١ يثبت

---

(١) قد بين ذلك صاحب الفتح فقال : « إقرار الولى على الصغير أو الصغيرة بالتزويج لا يصدق فيه عند أبي حنيفة أو يدرك الصغير فيصدقه وعندهما يثبت النكاح بإقراره قال المصنف عن أستاذه الشيخ حميد الدين ، إن الخلاف فيما إذا أقر الولى فى صغرهما فإنه إقراره موقوف إلى بلوغهما ، فإذا بلغا وصدقاه ينفذ إقراره ، وإلا يبطل وعندهما ينفذ فى الحال ، وقيل الخلاف فيما إذا بلغ الصغير وأنكر النكاح فأقره الولى . أما لو أقر الولى بالنكاح فى صغره صح إقراره .

ويؤخذ من هذا أن الصاحبين يريان أن إقرار الولى حجة ، سواء أكانت الدعوى فى حال الصغر أم كانت فى حال الكبر ، وأن أبا حنيفة يخالفهما فى الحالين فى بعض الروايات ، وفى حال الكبر فقط فى رواية أخرى .

الزواج فيها بالبينة وسائر طرق الإثبات فى الفقه الحنفى ، إذا كانت الدعوى فى حياة الزوجين ، فإن كانت بعد وفاة أحدهما ، فلابد لسماع الدعوى عند الإنكار من أن يكون لدى المدعى أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على الزواج ، لأن لائحة سنة ١٨٩٧ أجازت سماع هذه الدعاوى عند الإنكار على هذا الشكل ، فبقيت تلك الإجازة إلى أن جاءت لائحة سنة ١٩١٠ .

وفى حوادث الزواج التى كانت بين أول سنة ١٩١١ وآخر يولية سنة ١٩٣١ يثبت الزواج عند الإنكار بالبينة وسائر طرق الإثبات فى المذهب الحنفى فتسمع البينات وتوجه اليمين عند العجز فى حياة الزوجين . وإذا كانت الدعوى بعد وفاة أحدهما فلا تسمع الدعوى عند الإنكار ، إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية ، أو بأوراق كانت مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه وذلك لأن لائحة سنة ١٩١٠ أجازت سماع دعاوى الزواج المستوفية لذلك الشكل ، فبقى ذلك الحق لمن كان زواجهم سابقاً على لائحة سنة ١٩٣١ .

وأما حوادث الزواج الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ فهى خاضعة للمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، وهو يقضى بألا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية فى الحوادث التالية لصدورها .

٢٢٦ — وظاهر من هذا أن دعوى الزواج لا تثبت بعد آخر يولية سنة ١٩٣١ إلا بوثيقة رسمية صادرة عن موظف مختص بتوثيق عقود الزواج ، أو يقر بها المدعى عليه فى مجلس القضاء ، فإن كان الإقرار سابقاً عليه فلابد من إثباته بوثيقة رسمية ، سواء أكانت دعوى الزوجية مجردة أم فى ضمن حق آخر . كنفقة أو طاعة أو ميراث ، وقد بنى ذلك المنع على ما لولى الأمر من حق تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة والشخص ، كما جاء فى المذكرة الإيضاحية (١) وقد ذكرت هذه المذكرة فى آخرها أن دعوى النسب باقية على حكمها المقرر ، وهذا لفظها :

(١) من المستحسن أن ننقل المذكرة الإيضاحية بنصها فى هذا الجزء ، وها هى ذى، من القواعد الشرعية أن القضاء يتخصص بالزمان ، والمكان . والحوادث والأشخاص وأن لولى =

« وظاهر أن هذا المنع لا تأثير له شرعاً فى دعاوى النسب بل هذه باقية على حكمها المقرر ، كما كانت باقية عليه رغماً من التعديل الخاص بدعوى الزوجية فى المادة ١٠١ من اللائحة القديمة »

فهذا النص يوهم أن النسب يستمر الإثبات فيه بالطرق المقررة فى الفقه الإسلامى من حيث الإثبات بالشهادة واليمين عند من يجيزها فى مثل هذه الأحوال والنكول عنها .. أى أنه لا يحتاج ثبوت النسب عند الإنكار إلى وثيقة رسمية .

وإننا نقر المذكرة فى ذلك إذا كان ثبوت النسب أساسه الدعوى أو نحوها ولم يكن أساس الإثبات فيه فراش الزوجية ، وذلك لأن الدعوى وحدها كافية لإثبات النسب ، فإذا قام الدليل عليها فقد ثبت ، وكذلك إذا كان أساس النسب دخولا بشبهة أسقطت الحد ، ومحت وصف الزنى ، فإن أساس

= الأمر أن يمنع قضاته عن سماع بعض الدعاوى ، وأن يقيد السماع بما يراه من القيود تبعاً لأحوال الزمان وحاجة الناس . وصيانة الحقوق من العبث والضياع . وقد درج الفقهاء من سالف العصور على ذلك ، وأقروا هذا المبدأ فى أحكام كثيرة واشتملت لائحتا سنة ١٨٩٧ وسنة ١٩١٠ للمحاكم الشرعية على كثير من مواد التخصيص ، وخاصة فيما يتعلق بدعاوى الزوجية والطلاق والإقرار بهما ، وألف الناس هذه القيود الواردة بهما واطمأنوا إليها بعد تبين مالها من عظيم الأثر فى صيانة حقوق الأسرة ، إلا أن الحوادث قد دلت على أن عقد الزواج وهو أساس رابطة الأسرة لا يزال فى حاجة إلى الصيانة والاحتياط فى أمره ، فقد يتفق اثنان على الزواج بدون وثيقة ، ثم يجحدها أحدهما ، ويعجز الآخر عن إثباته أمام القضاء . وقد يدعى بعض ذوى الأغراض الزوجية زوراً وبهتاناً . أو نكاية وتشهيراً أو ابتغاء غرض آخر اعتماداً على سهولة إثباتها بالشهود ، وخصوصاً أن الفقه يجيز الشهادة بالتسامع فى الزواج ، وقد تدعى الزوجية بورقة عرفية إن ثبتت صحتها مرة لا تثبت مراراً ، وما كان لشىء من ذلك أن يقع لو أثبت هذا العقد بوثيقة رسمية ، كما فى عقود الرهن ، وهى أقل منه شأناً . وهو أعظم خطراً ، فحملا للناس على ذلك ، وإظهاراً لشرف هذا العقد ، وتقديساً له عن الجحود والإنكار ، ومنعاً لهذه المفاسد العديدة زيدت الفقرة الرابعة فى المادة ٩٩ - وبذلك أصبحت دعاوى الزوجية أو الإقرار بها لا تسمع عند الإنكار من أول أغسطس بدون وثيقة رسمية فى حال حياة الزوجين أو بعد الوفاة ، ووثيقة الزواج الرسمية هى التى تصدر من موظف مختص بمقتضى وظيفته بإصدارها طبقاً للمادة ٢٣٢ كالقاضى والمأذون فى داخل القطر ، وكالقنصل فى خارجه .

وظاهر أن هذا المنع لا تأثير له شرعاً فى دعاوى النسب ، بل هذه باقية على حكمها المقرر كما كانت باقية عليه رغماً من التعديل الخاص بدعوى الزوجية فى المادة ١٠١ من اللائحة القديمة .

النسب فيه واقعة لم يقيد القانون طريق إثباتها بل تركه للمقرر فى الفقه من طرق الإثبات ، وعلى القاضى أن يراعى ملابسات الأحوال .

أما إذا كان أساس النسب هو فراش الزوجية فإن النسب لا يثبت إلا إذا ثبتت الزوجية ، فالدعوى فى هذه الحال تتضمن لا محالة دعوى الزوجية ، فيجب أن يجرى إثباتها على ما سنه القانون وتتقيد بقيوده ، إذ أن نص القانون يشمل كل دعاوى الزوجية سواء أكانت فى ضمن حق أم لم تكن ، بل إن غالب دعاوى الزوجية تكون فى ضمن حق آخر ، كطلب المهر أو النفقة أو الطاعة أو الميراث أو النسب ، وإذا كانت دعوى النفقة بسبب الزوجية ترفض إذا كانت الزوجية محل إنكار ، ولم تثبتها بوثيقة رسمية ، فكذلك ترفض دعوى النسب إذا كانت بسبب فراش الزوجية فقط ، وأنكر الزوجية ولم تستطع إثباتها بوثيقة رسمية بمقتضى منطق القانون ، ولا يجوز التفريق بين النسب وغيره من آثار الزوجية إذا كان أساس الدعوى فيه فراش الزوجية الصحيحة فقط .

لهذا ، نحن نقول : إنه إذا كانت عبارة المذكرة الإيضاحية مؤداها قبول إثبات النسب على فراش الزوجية بالبينة واليمين والنكول . فإنها تكون معارضة لنص القانون وعمومه ، بل إنها تكون مناقضة لغرضه ومرماه الذى بينته وذكرت أن منه منع المفاسد ، وصيانة الحقوق ، واحترام روابط الأسرة ، وقطع السبيل على ذوى الأغراض الفاسدة ، ومنع الزور والبهتان ، ولاشك أن ذلك كله بالنسبة للنفقة والطاعة والمهر لا يعد شيئاً بالنسبة للنسب الدائم الثابت ، وهو ثمرة الزواج وغايته ، فإذا كان الاحتياط استلزم التشديد فى إثبات الزوجية التى تثبت الطاعة والنفقة ، فأولى أنه يجب التشديد فى إثبات الزوجية التى تثبت النسب من تلقاء نفسها من غير دخول .

وإذا تقدمت امرأة تطلب لنفسها بسبب الزوجية ولابنها للذى رزقته على فراش الزوجية فأنكر الرجل الزوجية وثبوت النسب ووجوب النفقة ، ولا سبيل لإثبات النسب إلا بالزوجية . فهل تثبت الزوجية بشهادة الشهود ، ويثبت النسب بناء عليها ، ويقضى به ، ولا تسمع دعوى هذه الزوجية نفسها بالنسبة لنفقتها ، ويتم ذلك فى قضية واحدة .

إن منطق القانون يوجب التسوية بين دعوى النفقة والطاعة والمهر والميراث بالزوجية ، ودعوى النسب إذا كان أساسه الزواج الصحيح وحده كما هو الفقه والقانون ، أما إذا كان سبب دعوى النسب غير ذلك ، فإنه تجرى عليه وسائل الإثبات الشرعية ، إذ لا نص يمنع .

وقد يقول قائل : إن النسب يحتاط له لأجل الولد . فنقول في الجواب عن ذلك إن إثبات النسب وحده تتسع طرقه ، ويكفي ذلك احتياطاً ، ومن طرقه أن يثبت بالدخول الذى لا حد فيه ، أما إذا أراد أن يثبت النسب بناء على أن العقد الصحيح وحده سبب ثبوته ، فهنا لا تثبت الزوجية إلا بما أوجبه القانون .

وإن القوانين القائمة لا تجعل الزواج وحده سبباً لثبوت النسب ، فقد اشترطت المادة الخامسة عشرة من القانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٢٩ لسماع دعوى النسب لولد الزوجة عند الإنكار ألا يثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ، وكذلك الحكم بالنسبة لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها . فنجد هنا القانون لا يجعل العقد الصحيح وحده كافياً لثبوت النسب ، بل لابد من إمكان الدخول على ما سنبين فى موضعه .

وإذا كان كذلك ، فاحتياطا للنسب أن يبنيه مدعيه على الإقرار به أو على الدخول المسقط للحد الماحى للجريمة ، لا على مجرد العقد الصحيح ، فإذا أرادت الزوجة إثبات نسب ولدها فى عقد زواج لم يكن بوثيقة شرعية تدعى الدخول بناء على عقد صحيح شرعاً ، وتثبت دعواها . فتسمع على الدخول أو الخلوة دون الزواج أو تدعى الإقرار بنسب الولد .

القسم الثالث

إنهـــــاء الزواج

٢٢٧ ـ الفرقة بين الزوجين قد تكون طلاقاً يحتسب من عدد الطلقات التي يملكها الرجل على زوجته بمقتضى عقد النكاح ، وقد تكون فسخاً ينفصل بمقتضاه الزوجان من غير أن يعد طلقة ، وتحتسب إذا استأنف حياة زوجية جديدة .

والفرق بين الفسخ والطلاق ليس مقصوراً على احتساب الفرقة من عدد الطلقات وعدم احتسابها بل الفرق بينهما في حقيقتهما التي انبنى عليه ذلك ، فإن حقيقة الطلاق توجب إنهاء الزواج ، وتقرير الحقوق السابقة ، وهو لا يكون إلا في النكاح الصحيح ، وهو من آثاره التي قررها الشارع ، حتى لو عقد الزواج ، واشترطا ألا يطلق الزوج زوجته كان الشرط لغواً ، لأنه شرط فاسد ، إذ هو مناف لمقتضى العقد .

أما الفسخ فحقيقته أنه عارض يمنع بقاء النكاح ، أو يكون تداركا لأمر اقترن بالإنشاء ، جعل العقد غير لازم ، ومثال الأول ردة أحد الزوجين ، أو يكون من أحدهما ما يوجب حرمة المصاهرة ، ومثال الثاني الفسخ بخيار البلوغ أو الإقامة وأسمى الخيارين الفسخ بخيار الإدراك .

والفسخ على ذلك ، ينقسم إلى قسمين (أحدهما) فسخ يكون كنقض العقد من أصله (وثانيهما) فسخ لا ينقض العقد من أصله ، والقسم الأول ما كان سبب الفسخ فيه أمراً يتصل بإنشاء الزواج ، وذلك هو الفسخ بخيار الإدراك والفسخ لعدم الكفاءة على رأى من يرى أن العقد ينعقد صحيحاً ، ويكون غير لازم ، والفسخ لنقصان المهر عن مهر المثل على رأى أبي حنيفة فإن الفسخ في هذه الأحوال كلها يتصل بأمر اقترن بإنشاء العقد ، لأن الباعث عليه أمر يتعلق بإنشاء العقد ، فشريعة خيار الإدراك ، لتدارك ما عساه يكون قد فات الولي الذي لم تكن شفقته كاملة والفسخ لعدم الكفاءة ، ولنقصان المهر عن المثل قد شرع لتدارك ما صاحب العقد من ضرر بالولي .

أما القسم الثانى ، وهو الفسخ الذى لا يعد نقضا للعقد من أصله : فهو الفسخ لعارض يمنع بقاء النكاح ، أى يمنع الحل بين الزوجين فيتعين التفريق كالفسخ لإبائها الدخول فى الإسلام ، أو أى دين كتابى إذا كانت غير كتابية وأسلم زوجها ، والفسخ لوجود حرمة مصاهرة لم تكن وقت الإنشاء ، والفسخ لردة الزوجة ، أو لردة الزوج (١) والفسخ للعان .

والفرق فى الحكم بين الفسخ الذى ينقض العقد من أصله وغيره يظهر فى أمرين :

(أحدهما) أن الفرقة التى تعد كنقض للعقد لا توجب شيئاً من المهر ، إن لم يتأكد بمؤكد من مؤكداته ، سواء أكانت من قبل الزوجة أم كانت من قبل الزوج ، لأن العقد كأنه نقض من الأصل ، والمهر حكم من أحكام العقد فيسقط إذا لم يكن ما يؤكده ، أما الفرقة التى تكون فسخاً لا ينقض العقد من أصله ، فإن كانت من قبل المرأة قبل أن يؤكد المهر سقط المهر كله ، وإن كانت من قبل الرجل ففيها نصف المهر .

(ثانيهما) أن التى فسخ زواجها بما هو كنقض العقد لا يلحقها الطلاق فى أثناء العدة فإذا استأنفا حياتهما الزوجية لا يعد الطلاق الذى حدث فى عدتها من عدد الطلقات ، لأن الطلاق أثر العقد ، وقد نقض فلا يثبت طلاق ، أما الفسخ الذى لا يعد نقضاً للعقد من أصله فيلحقها الطلاق فى العدة إذا كان استئناف الحياة الزوجية ممكنا ، فمن ارتدت مثلا ، وفسخ زواجها بسبب الردة يلحقها الطلاق فى العدة ، فإذا طلقها فيها واستأنفا حياتهما الزوجية بعد ذلك احتسب ذلك من الطلقات .

هذا والفسخ الذى لا يعد نقضاً للعقد ينقسم إلى قسمين ، (أولهما) فسخ يمنع الزواج على التأبيد ، وهو الفسخ الذى يكون بسبب حدوث تحريم

---

(١) اتفق الفقهاء فى المذهب الحنفى على أن ردة الزوجة تكون فسخاً ، واختلفوا فى كون ردة الزوج تكون فسخاً فقد قال محمد ، أنها تكون طلاقاً ، لأنها أمر جاء من قبله باختياره فتكون طلاقاً ، وقال الشيخان تكون فسخاً لامتناع الحل ، إذ لا يمكن بقاء الزواج . وامتناع الحل لا يمكن أن يعد طلاقاً .

بين الرجل والمرأة على التأبيد ، كأن يقع منه لأصلها أو فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة ، أو يقع منها ذلك لأصله وفروعه .

والقسم الثانى فسخ يمنع الزواج على التأقيت ، وهو الفسخ الذى يكون سببه تحريماً مؤقتاً بين الزوجين كالردة واللعان .

هذا ، والفسخ الذى يكون كنقض للعقد من أصله يكون فى أكثر أحواله محتاجاً لقضاء القاضى ، لأنه يكون مبنياً على أمور هى محل تقدير بين يدى القضاء ، فالكفاءة ومهر المثل أمور هى محل تقديرها إلى حين فصل القضاء ، وقد بينا وجه احتياج خيار الإدراك إلى قضاء القاضى عند الكلام على ذلك فى الولاية .

أما الفسخ بسبب حدوث ما يوجب التحريم ، فإنه لا يحتاج إلى قضاء القاضى .

الطـــلاق

٢٢٨ — الطلاق فى اصطلاح الفقهاء ، رفع قيد النكاح فى الحال ، أو فى المآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو فى معناها ، وهو على هذا التعريف قسمان : قسم يرفع النكاح فى الحال ، وقسم يرفعه فى المآل ، أما القسم الأول فهو الطلاق البائن ، فبمجرد صدوره يرفع النكاح فى الحال ، فلا تحل المطلقة لمطلقها إلا بعقد ومهر جديدين ، سواء انتهت العدة أم لم تنته .

وأما القسم الثانى : فهو الطلاق الرجعى ، فالنكاح لا يرتفع فى الطلاق الرجعى بمجرد صدور ما يدل عليه ، بل لا يرتفع إلا بانتهاء عدة المطلقة ، وفى أثناء العدة لم يرتفع النكاح . فله أن يراجعها ، رضيت أو لم ترض ، ولكن تحتسب الطلقة من الطلقات التى يملكها الرجل على زوجته ، وهى الثلاث .

٢٢٩ — هذه حقيقة الطلاق ، وقبل أن نخوض فى بيان أحكامه نذكر كلمة موجزة فى حكمة مشروعيته على الوجه الذى شرع فى الشريعة الإسلامية.

إن الزواج فى الشريعة الإسلامية ، كما هو فى كل الشرائع المنزلة عقد

أبدى ، ولذلك ، لا ينعقد على وجه التأقيت على ما بينا عند الكلام فى إنشائه ، فهو عقد شرع للبقاء والاستمرار .

ولكن لا يكفى فى بقاء عقد الزواج مؤبداً أن تشرعه الشريعة مؤبداً ، ليبقى صالحاً ، بل لابد لذلك أن تكون المودة بين الزوجين قائمة ، إذ العلاقة الشخصية بينهما هى الصلة التى تبقى الحياة الزوجية صالحة فيبقى بها ؛ ولذلك حرص الشارع على بقاء هذه المودة ، وحث على حسن العشرة ، ودعا إلى الرفق والتآلف ، وشرع شرعة الحكمين عندما ينجم بينهما الخلاف ، فقال تعالى : « وإن خفتم شقاق بينهما ، فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ، إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما ، إن الله كان عليما خبيرا » وإن الحكمين القريبين لهما أو غير القريبين من ذوى المروءات هما اللذان يستطيعان أن يجتثا بذور النزاع ، ويعيدا المودة إلى سابق صفوها إن كان ذلك فى الإمكان .

ولكن قد تتنافر القلوب ، ثم تستحكم النفرة بحيث لا يمكن أن تعود المودة بتحكيم أو بغير تحكيم ، وفى هذا الحال لابد من اختيار واحد من أمور ثلاثة :

(أولها) البقاء مع النفرة فيعيشان معاً ، والضغينة والبغض والحقد بينهما ، وهذه حال لا يمكن اختيارها ، وإن اختيرت لا يمكن بقاؤها ، وإن بقيت فليست من صالح الأسرة فى شىء .

(ثانيهما) الفراق الجسدى ، والزوجية قائمة ، فتصير المرأة كالمعلقة ، لا هى زوجة ، ولا هى مسرحة بالمعروف ، فيغنيها الله من سعته .

(ثالثها) الطلاق برفع قيد الزواج ، وقد صار غلا ونقمة ، وهو فى أصله النعمة .

ولاشك أن المنطق السليم يوجب أن يسلك فى هذه الحال طريق الطلاق والطلاق حينئذ ضرورة لابد منها .

ولكن قضية الطلاق مع ضرورته فى بعض الأحوال أخذت دوراً من الجدل بسبب أن بعض الطوائف تحرمه ، ولقد ذكر بنتام فى كتاب أصول الشرائع ضرورة الطلاق ، فقال :

« إن الزواج الأبدى هو الأليق بالإنسان ، والملائم لحاجته ، والأوفق لأحوال الأسرة ، والأولى بالأخذ لحفظ النوع الإنسانى . ولكن إن اشترطت المرأة على الرجل ألا تنفصل عنه ، ولو حلت قلوبهما الكراهة محل الحب لكان ذلك أمراً منكراً . لا يصدقه أحد من الناس ، على أن هذا موجود دون أن تطلبه المرأة ، إذ القانون يحكم به ، فيتدخل بين العاقدين حال التعاقد ، ويقول لهما أنتما تقترنان لتكونا سعداء ، فلتعلما أنكما تدخلان سجناً ، سيحكم غلق بابه ... ولن أسمح بخروجكما ، وإن تقاتلتما بسلاح العداوة والبغضاء ... إن أقبح الأمور وأفظعها عدم انحلال ذلك الاتفاق ، لأن الأمر بعدم الخروج فى حالة أمر بعدم الدخول فيها ، لا فرق فى ذلك بين زواج وخدمة وبلد وصناعة وغيرها ، ولو كان الموت وحده هو المخلص من الزواج لتنوعت صنوف القتل ، واتسعت مذاهبه » .

٢٣٠ — لابد أن يكون الطلاق عند استحكام النفرة ، ولكن من الذى يملكه ؟ أيملكه القاضى أم يملكه الزوجان مجتمعين ، أم يملكه أحدهما منفرداً ، الزوج ، أو الزوجة ؟ لاشك أن العقول تتفق على أن الزوجين إن ارتضيا الفراق يجب تقريره لأنه من المقرر أن كل عقد يتفق الطرفان فيه على إنهائه يجب أن ينتهى ، ولأنهما لا يتفقان إلا حيث تتعذر الحياة الزوجية ، وإن كان ثمة ملاحظة فهى أنه يجب ألا يكون لنوبات الغضب العارضة أثر فى الحكم ، ولكن ذلك أمر نفسى لا يناط بأحكام القضاء ، وقد احتاط الإسلام لذلك .

بقى الأمران الآخران ، وهما ملكية القضاء وحده للطلاق فى غير حال اتفاقهما .

قد يقول قائل ، إن الطريقة المثلى إذا كان الزوجان غير متفقين فى أمر الطلاق أن يكون بيد القاضى ، وليس لأحدهما أن ينفرد به ، لأن القاضى ناظر غير متحيز ، ولأن العقد الذى ينشئ حقوقاً لازمة لا تبطله الإرادة المنفردة ، ولأنه لو جعل بيد أحدهما لانفصم العقد بنوبة غضب عارضة فإذا جاء الندم كان فى غير وقته .

وإن لذلك القول مكاناً من الفكر ، وأخذت به شرائع ولكنه لا يستقيم إلا إذا كانت أمور النفوس وخفايا القلوب يمكن أن تثبت بالدليل الظاهرى

لأن القاضى لا يقضى إلا بما تثبته الأمارات والبينات . ثم إن القضاء إنما ينظر فيما هو حق أو ظلم ليقر الحق ويمنع الظلم والمسألة فى الحياة الزوجية ليست مسألة ظالم ومظلوم . إنما هى صلاحيتها للبقاء ، بإمكان استمرار المودة ، أو عدم صلاحيتها . فمثلا إذا تقدم الزوج طالباً الطلاق . لأنه أصبح يبغض زوجته وأن حبل المودة قد تقطع بينهما . وأنه حاول إصلاح الأمر ، فلم يفلح ، أفيطلق القاضى أم لا يطلق ، لاشك أن الطلاق فى هذه الحال أمر لابد منه ، ولكن ما الفرق بين إيقاع القاضى الطلاق وإيقاعه هو ؟ !

وإذا كان سبب الطلاق أمراً غير الحب والبغض فهل من المصلحة الاجتماعية أن تنشر دخائل الأسر فى دور القضاء ، وتسجل فى سجلاته ، ومنها مالا يسوغ إعلانه ، وإن ما بين الزوجين أمور يظلها الستر ، ولا يصح أن يكشفها الإعلان .

٢٣١ — لم يجعل الإسلام الطلاق فى يد القاضى إلا إذا كان بطلب المرأة وجعله بيد الزوج ، وقد احتاط للأمر ، لكيلا يقع تحت تأثير غضب جامح ، فقيد الطلاق المشرع بطلاق السنة ، وقد لوحظ فيه أن يكون فى أحوال وفترات زمنية متباعدة ، بحيث يكون الإصرار عليه مع هذه الأحوال . ومع وجود فرص للرجوع فى أزمان متعاقبة دليلا على انقطاع المودة ونفرة القلوب لاسبيل إلى جمعها .

وقد يقول قائل : إن الشارع الإسلامى أهمل ناحية المرأة ، وقد تكون هى الأخرى لا تطيق زوجها بغضاً فكان المنطق يتقاضانا أن يكون لها الافتراق من زوجها .

ونقول : إن ذلك الاعتراض وارد لو كان الشارع الإسلامى أهمل المرأة وشعورها ، لكن الشارع لم يهملها ؛ بل جعل لها بمقتضى ما استنبطه كثيرون من فقهاء المسلمين ، الحق فى طلب التفريق إذا تضررت من زوجها . وثبت أنه يؤذيها بما لا يليق بأمثالها ، بل أجاز مالك — إذا ثبت النشوز من قبلها ، وقالت إنها لا تطيقه بغضاً — أن يخلعها القاضى من زوجها بإشارة الحكمين ، على أن تدفع إليه ما قدمه فى هذا الزواج من مال ، فقد جاء فى المدونة ما نصه :

« قال مالك فى الأمر الذى يكون فيه الحكمان ، إذا فتح بين الرجل والمرأة حتى لا يثبته بينهما بينة . ولا يستطيع أن يتخلص إلى أمرهما ، فإذا بلغا ذلك بعث الوالى رجلا من أهلها ، ورجلا من أهله ، فنظرا فى أمرهما واجتهدا ، فإن استطاعا الصلح ، أصلح بينهما ، وإلا فرق بينهما ، وإن رأيا أن يأخذ من مالها ، حتى يكون خلعاً فعلا .

وترى أن الخلع يجوز أن يكون بأمر القاضى إذا كانت لا تريد البقاء ولقد قال ابن رشد فى توضيح ذلك :

« الفقه أن الفداء (أى الطلاق على مال) إنما جعل للمرأة فى مقابلة ما بيد الرجل من طلاق ، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل (١) ولكن لابد أن يسبق ذلك النوع من الخلع تحكيم الحكمين .

بقى أن يقال ، لم فرق بين الرجل والمرأة ، فأجيز للرجل الطلاق من غير حاجة إلى القضاء ، وأجيز للمرأة بشرط القضاء ، والجواب عن ذلك مشتق من طبيعة المرأة والرجل ، ومن وجود تبعات تحمل الرجل على التفكير والتقدير ، ومن طبيعة الطلاق من حيث إنه ثبت للضرورة أو الحاجة .

إن المرأة تحكمها العاطفة ، وتلك ميزتها وفضيلتها ، والعاطفة إذا سيطرت على الأمور الخطيرة قد تضر ، والطلاق أخطر ما يكون بين الرجل والمرأة تغضب فتظن أن صفحة حياتها قد أصابتها كدرة لابقاء معها ، وأن البيت صار أضيق على نفسها من كفة الحابل ، فلو جعل الطلاق فى يدها ما نظرت فى عواقبه ، فى مثل هذه الحال من التأثر (٢) وإن الرجل بما أنفق فى سبيل هذا الزواج من مال وبما ألقى عليه من تبعات ، وبماله من حرص على أولاده الذين ينسبون إليه هو ، وبما يعقبه الطلاق من عواقب — يفكر ، ويقدر قبل

---

(١) راجع بداية المجتهد الجزء الثانى ص ٥٦ ، والفرك البغض ، أو البغض بين الزوجين خاصة ، والفعل فرك يفرك من باب فرح ، وورد شاذاً من باب نصر .

(٢) لوحظ أن النساء اللاتى تكون عصمتهن بأيديهن بمقتضى إجازة المذهب الحنفى التفويض قبل تمام العقد فيكون لهن أن يطلقن أنفسهن — يطلقن لأتفه الأسباب .

الإقدام ، فيوازن بين التبعات المترتبة عليه ، والحاجة الدافعة إليه ، فإن رجحت الأولى على الثانية أبقى أهله ، وإن رجحت الثانية على الأولى طلق .

٢٣٢ - إلى هنا انتهينا إلى أن الطلاق بيد الرجل ، وهو حق له ظاهراً ، وسيترتب عليه مضار تعود عليه ، وهو سيوازن بين ما سيدعو إليه ، وبين آثاره ، وإن المرأة إن وجدت أسباب الفراق عندها رفعت أمرها إلى القضاء .

ومع تقرير الفقهاء أن الطلاق حق للرجل ، واتفاقهم على أنه لا يكون إلا عند الحاجة إليه قد اختلفوا فى الأصل فى الطلاق ، أهو الحظر ، أم الإباحة ولقد قال المحققون من الفقهاء ، أن الأصل فى الطلاق المنع حتى توجد حاجة إليه ، لقوله تعالى : (فإن أطعنكم فلاتبغوا عليهن سبيلا) ولاشك أن الطلاق مع عدم الحاجة إليه بغى عليها ، واتخاذه سبيلا للفراق الظالم حمق ، وقد روى أبو داود أن النبى ﷺ قال : « ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق وقد روى أنه قال : « لا تطلقوا النساء إلا من ريبة ، فإن الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات » .

هذا ، وإن الزواج نعمة ، والطلاق قطع له . وقطع النعمة لا يجوز إلا إذا زالت صفتها . وأيضاً فإن الزواج عقد أبدى لازم . والقياس لا يوجب ألا ينهيه أحد العاقدين بإرادته المنفردة . ولكن أجيز للحاجة فقط ، فإذا لم تكن ثمة حاجة يبقى القياس وهو المنع .

ويحتج الذين يرون أن الأصل فى الطلاق الإباحة (١) بقوله تعالى : « ولا جناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ونفى الجناح معناه نفى الإثم وذلك يقتضى الإباحة (٢) بأن أصحاب النبى ﷺ كانوا يطلقون ولا يسألون عن وجه الحاجة .

ويجاب على ذلك بأن نفى الجناح فى الآية إنما هو منصب على الطلاق قبل التسمية والدخول ، فالقيد هو الملاحظ ، لأن نفى شىء مقيد بقيد يكون القيد ملاحظاً فى النفى ، فهو منصب عليه ، وإن طلاق أصحاب النبى ﷺ لا يمكن أن يكون لغير حاجة . والحاجة التى يباح لها الطلاق هى الحاجة النفسية ونحوها ، مما لا يقع تحت سلطان القضاء .

٢٣٣ - وقد انبنى على الخلاف فى أصل الطلاق خلاف بين المحاكم الوطنية فى شأن تعويض المطلقة . فإن بعض المحاكم الوطنية حكم بالتعويض لأن من يطلق من غير حاجة أساء استعمال الحق ، إذ الأصل فى الطلاق الحظر . ولا يباح إلا عند الحاجة . وما دام الرجل لم يبين سبب الطلاق فهو لم يستعمل حقاً ، أو على الأقل أساء استعمال حقه ، بل يزيد بعضهم فيقول ، إن من يطلق من غير سبب عليه تبعة مشتقة من عقد الزواج نفسه . فمسئوليته المدنية مسئولية تعاقدية ، أى أنها مشتقة من طبيعة العقد نفسه .

والمحاكم التى سلكت هذا المسلك كانت هى الأقل عدداً ، وكان رأى أكثر المحاكم وهو ما كان قد استقر عليه الأمر أنه لا تعويض فى الطلاق وذلك حكم صحيح يتفق مع المبادىء الإسلامية ، ولكنهم يعللون الحكم بأن الأصل فى الطلاق هو الإباحة . والحق أن الأصل هو الحظر ، ولا يباح إلا لحاجة ولكن هذه الحاجة تكون نفسية . وقد تكون مما يجب ستره ، وهى فى كل أحوالها ، أو جلها لا يجوز أن تعرض بين أنظار القضاء ويتنازعها الخصوم فيما بينهم شداً وجذباً . وقد أخطأ من حكم بالتعويض لأجل الطلاق لو كان ثمة شرط يوجب التعويض . إذ يكون شرطاً فاسداً فيلغى . والحاجة التى تلزم ليست حاجة تجرى عليها وسائل الإثبات كما قلنا .

والمسئولية التعاقدية على قدر ما تفهم تكون ناشئة من طبيعة عقد الزواج أى من مقتضاه فى الشريعة ، وطبيعة عقد الزواج على ما هو مقرر ثابت . لا توجب تعويض الزوجة إذا طلقت ، إلا أن يكون لها مؤخر صداق أو تجب المتعة . ولا تعويض يجب للمطلقة . والأمر فى الزواج على الأخلاق والدين ، ولا يغنى عنهما شىء .

وقد ادعى بعض الناس أنه أسئ استعمال الطلاق وأنه بهذا يهدم الأسرة ولكن آخر إحصاء أن الطلاق نسبة عدده إلى الزواج ١٣٪ وهو إحصاء سنة ١٩٥٥ ويخصم عدد الرجعات ، وعدد الطلاق قبل الدخول وهو من المصلحة إذ هو دواء ، ثم يخصم الطلاق بتراضى الزوجين ، لا يصل الباقى إلى ٣٪ وهى نسبة ضئيلة . ومع ذلك اقترح فى مشروع سنة ١٩٥٦ أنه إذا كان الطلاق بعد الدخول بغير رضاها تكون لها متعة هى نفقة سنة بعد انتهاء العدة ، وتقطع إذا تزوجت .

٢٣٤ – السنة فى الطلاق والبدعة : والطلاق مع أنه بيد الرجل كما قلنا مقيد بأن يكون للحاجة ، والشارع لم يترك الأمر لتقديره من كل الوجوه ، بل سن سنة فى الطلاق لو اتبعت على وجهها ما كان طلاق إلا حيث الحاجة النفسية الحقيقية ، وسمى الفقهاء الطلاق فى هذه الحدود طلاق السنة ، أى الذى جاء على طريقة السنة ، وسموا غيره بدعة .

وطلاق السنة ، وهو المشروع مقيد بقيدين :

(أحدهما) زمانى ، وهو أن يكون إيقاع الطلاق فى حال طهر الزوجة . لا فى حال حيضها . وأن يكون هذا الطهر لم يدخل بها فيه ، ولا فى الحيض قبله فالطلاق فى الحيض بدعة ، إذ يروى أن ابن عمر رضى الله عنه طلق امرأته وهى حائض ، فبلغ رسول الله ﷺ فقال : يابن عمر ، « ما هكذا أمرك الله ، قد أخطأت السنة ، السنة أن تستقبل الطهر » .

وإنما كان ذلك القيد الزمنى ، لأن تطليقها فى طهر لم يدخل بها ، ولا فى الحيض قبله تطليق فى وقت تكون النفس فيه راغبة هادئة ، فإذا طلق فى هذه الحال كان التطليق دليلا على استحكام النفرة ، فجعل ذلك الأمر الظاهرى دليلا على هذه الأحوال الباطنية (١) .

(ثانيهما) يتعلق بالعدد والوصف ، وذلك بألا يطلقها إلا طلقة واحدة رجعية فى الطهر الواحد ، ويتركها حتى تنتهى عدتها ، ويسمى هذا طلاق السنة الأحسن ، ووجد عند الحنفية طلاق السنة الحسن ، وهو دون هذا فى الرتبة ، وذلك بأن يطلقها فى استقبال كل طهر طلقة واحدة رجعية ، حتى تنتهى الطلقات الثلاث فى مدة العدة .

---

(١) يلاحظ هنا الأمور الآتية : (ا) أن هذا القيد ، إنما هو فى المدخول بها ، أما غير المدخول بها ، فإنه يطلق فى الطهر والحيض على سواء .

(ب) أن يجوز تطليقها إذا كانت حاملا فى الطهر الذى دخل بها فيه ، لأن طلاقها وهى حامل – والحمل من شأنه أن يرغب فى البقاء إذا كانت حاملا دليل على أن النفرة مستحكمة .
(حـ) أنه إذا كانت للمرأة إرادة فى الطلاق لا يقيد بهذا القيد ، فإذا كان الطلاق على مال أو كانت هى المفوضة فى الطلاق فإن الطلاق فى الحيض أو الطهر الذى جامعها فيه يكون على طريقة السنة ، وكذلك الطلاق بحكم القاضى . (د) الفسخ بخيار الإدراك لا يقيد أيضاً بهذا القيد . فإذا وجد سببه وقت الحيض جاز طلب الفسخ .

ونرى من هذا ، أن الحنفية يعتبرون طلاق السنة بالنسبة للعدد مرتبتين : إحداهما الأحسن ، ويكون واحدة لا يتجاوزها ، حتى تنتهى العدة ، والحسن يتكرر فى ثلاثة أطهار ، وحجتهم فى اعتبار القسم الأخير من السنة أنه ورد فى بعض الروايات أن النبى ﷺ قال لابن عمر : « إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا ، فتطلقها لكل طهر تطليقة (١) » .

ويلاحظ أن وصف الطلقة بأنها رجعية لا تكون إلا فى المدخول بها ، لأن غير المدخول بها يكون طلاقها بائناً دائماً ، فغير المدخول بها لا تكون السنة بالنسبة لها فى غير العدد ، فلا يطلقها للسنة إلا واحدة .

٢٣٥ — هذان أمران حددتهما الشريعة ، لكى يكون الطلاق متفقا مع الحاجة النفسية ، وسمى الطلاق فى هذه الحال طلاق السنة ، أى الطلاق على طريقة السنة ، وغيره بدعى .

وإذا خالف المطلق ذلك الطريق المسنون ، فقد اتفق الفقهاء على أنه يكون آثماً ، ولكن هل يقع الطلاق مع هذا الإثم ؟ قال الأئمة الأربعة أصحاب المذاهب يقع ، وقال الشيعة الإمامية ، وجمع من المحققين ، منهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم : إن البدعى من الطلاق لا يقع ، وحجتهم فى ذلك مستمدة من الآثار ، وأقوال الصحابة والتابعين ، ومن ذلك قول ابن عمر وقد سئل فى رجل طلق امرأته وهى حائض : « لا يعتد به » وقد روى أن عبد الله بن مسعود كان يقول : « من أتى الأمر على وجهه . فقد بين الله له ، وإلا فو الله مالنا طاقة بكل ما تحدثون » والآثار فى ذلك مستفيضة .

ولقد قال ابن القيم فى تأييده هذا الرأى والرد على اعتراضات المعترضين عليه : « (١) قال المانعون لوقوع الطلاق المحرم لا يزول النكاح المتيقن إلا

---

(١) وقد خالف الحنفية فى هذا — المالكية والحنابلة والشافعى . فالمالكية والحنابلة لا يعتبرون السنة إلا فى الطلقة الواحدة الرجعية وتركها حتى تنتهى عدتها وما عداها بدعة ، لأن السنة لم تبين إلا هذا ، ولأن الطلاق لحاجة ، والحاجة تدفع بالواحدة الرجعية ، وينتظر حتى تنتهى عدتها ، فالثانية ، والثالثة ، ولو كانت كل واحدة فى طهر كانتا من غير حاجة إليها . فتكونان بدعة . وأما الشافعى ، فلم يعتبر البدعة إلا فى الوقت ، ولم يعتبر بدعة فى العدد ، لأن موضع النهى فى حديث ابن عمر إنما هو الطلاق فى وقت الحيض ، أو فى طهر جامعها فيه ، لكى تثبت الحاجة إلى الطلاق ، وبعد ثبوت الحاجة يكون تقديرها للمطلق .

بيقين مثله من كتاب أو سنة أو إجماع مستيقن . فإذا وجدتم واحداً من هذه الثلاثة رفعنا حكم النكاح به . ولا سبيل إلى رفعه بغير ذلك ، وقالوا كيف يقع والأدلة متكاثرة تدل على عدم وقوعه . فإن هذا طلاق لم يشرعه الله . ولا أذن فيه ، فكيف يقال بنفاذه وصحته (٢) وقالوا : إنما يقع من الطلاق ما ملكه الله تعالى للمطلق ولهذا لا تقع به الرابعة لأنه لم يملكه إياها . ومن المعلوم أنه لم يملكه الطلاق المحرم . ولا أذن فيه . فالشارع قد حجر على الزوج أن يطلق فى حال الحيض . وبعد الدخول فى الطهر ، فلو صح طلاقه لم يكن لحجر الشارع معنى . ولكن حجر القاضى على منعه من التصرف أقوى من حجر الشارع . حيث يبطل التصرف . (٣) وقالوا لا يقع لأنه طلاق محرم منهى عنه . فالنهى يقتضى فساد المنهى عنه . فإذا صححناه ما كان فرق بين المنهى عنه والمأذون فيه من جهة الصحة والفساد . (٤) وقالوا إن الشارع إنما نهى عنه لأنه يبغضه ولا يحب وقوعه ، بل وقوعه مكروه فحرمه لئلا يقع ما يبغضه ، وتصحيحه وتنفيذه ضد المقصود ، (٥) وقالوا إذا كان النكاح المنهى عنه لا يصح لأجل هذا النهى فما الفرق بينه وبين الطلاق ، وكيف أبطلتم ما نهى الله عنه من النكاح ، وصححتم ما حرمه ونهى عنه من الطلاق ، والنهى يقتضى البطلان فى الموضعين » .

وترى من هذا أن ابن القيم يرجح أن طلاق البدعة لا يقع ، فلا يقع طلاق المدخول بها إلا واحدة رجعية ، ولا يقع إذا كان فى حيض أو طهر دخل بها فيه أو فى الحيض قبله ، لمكان النهى عنه .

٢٣٦ — <u>من يملك الطلاق</u> : يملك الزوج الطلاق دائماً فى الحدود الدينية التى رسمها الشارع الإسلامى ، وتملك المرأة طلب التفريق فى أحوال معينة جاءت فى المذاهب الإسلامية ، وأخذ القانون المصرى ببعضها .

ويشترط فى الرجل لكى يقع طلاقه أن يكون بالغاً عاقلا ، فطلاق الصبى لا يقع ، وإن كان مميزاً لأن الطلاق شرع حيث تكون المصلحة فى إيقاعه ، ولا يدرك المصلحة إلا من يكون بالغاً ، وكذلك لا يقع طلاق المجنون والمعتوه ، لعدم إدراكهما وجه المصلحة ، ولأن شرط التصرفات كلها الإدراك .

ويقع فى المذهب الحنفى طلاق كل شخص ما عدا الصغير والمجنون والمعتوه . فيقع طلاق الهازل ، والسكران من تناول محرم مختاراً ، والمكره .

٢٣٧ - أما الهازل - فلقوله عليه الصلاة والسلام « (ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد ، النكاح ، والطلاق ، والعتاق) » وقد قال عليه الصلاة والسلام : « إن من لعب بطلاق أو عتاق لزمه » وقد كان الرجل يطلق فى الجاهلية ، ثم يقول كنت لاعباً فكان لابد من إمضـــاء الهزل واللعب فى تلك الأمور الخطيرة ، لكى يتجنب اللاهون العبث بشأنها .

وقد وافق مالك والشافعى وأبا حنيفة وأصحابه بالنسبة للهازل ، وخالف أحمد فى بعض أقواله ، فلم يقع طلاقه عنده ، لعدم قصده إليه .

أما السكران فقد فصل المذهب الحنفى فيه ، لاختلاف سببه ، فإن كان سبب السكر محظوراً وقع الطلاق فيه . فمن يسكر من شرب الخمر مختاراً يقع طلاقه فى حال سكره ، وإن كان السكر من سبب مباح كمن يتناول شيئاً للتداوى فيسكر منه أو يتناول البنج للجراحة - فلا يقع طلاق .

وحجتهم فى ذلك أن السكران مكلف فهو مأخوذ بما ينطق به وإن كان الذى ذهب بعقله محرماً فالمحرم لا يسقط المسئولية ، ولذا لو قذف محصنة كان عليه حد القذف ، وإن من الصحابة من أفتوا بوقوع طلاق السكران من شيء محرم .

وفى قول لمالك والشافعى وأحمد أن طلاق السكران لا يقع ، ولو كان سكره بمعصية ، وهو مذهب جمع من الصحابة ، واختاره من فقهاء الحنفية أبو جعفر الطحاوى ، وأبو الحسن الكرخى .

وحجة هؤلاء أن السكران لا قصد له ، ولا طلاق من غير قصد ، وأن السكران لا يعى ما يقول ، فعبارته ملغاة لا اعتبار لها ، وأن النبى ﷺ لم يعتبر إقرار السكران ، والسكران كالمعتوه المغلوب ، وإذا كان هذا لا يقع طلاقه فكذلك لا يقع طلاق السكران ، وإن الشارع لم يعتبر ردة السكران ، فكذلك الطلاق ، وإن الطلاق لا يكون إلا لحاجة تدعو إليه ، وليس السكران قادراً على تقدير الحاجة ، فلا عبرة بنطقه بلفظ الطلاق .

هذا شأن السكران ، أما المكره فقد قال أبو حنيفة وأصحابه يقع طلاقه وكان قبلهم على هذا الرأى بعض التابعين ، كإبراهيم النخعى والشعبى . وحجتهم أن الطلاق قد وقع من الهازل بنص الحديث ، وهو لم يقصد إلى الطلاق . فكان ذلك دليلا على أن النبي ﷺ اعتبر فيه مجرد النطق بلفظ الطلاق قاصداً اللفظ من غير اتجاه إلى معناه موقعاً للطلاق ، والمكره شأنه كذلك ، قصد النطق وإن لم يرتض المعنى ، فيقع طلاقه ، وإن أقصى ما يؤدى إليه الإكراه أن المكره لم يرتض آثار الطلاق الذى نطق به . وإن ذلك متحقق فى الهزل أيضاً .

وقال مالك والشافعى (١) وأحمد : إن طلاق المكره لا يقع ، لقوله ﷺ (رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) ، ولأن الاعتبار فى التصرفات الشرعية للرضا بآثارها ، ولم يوجد ما يدل على ذلك ، بل عكسه هو الثابت . وإن الإكراه يفسد كل التصرفات فلا يقع الطلاق ، وإن عمر وابنه وعلى بن أبى طالب لم يفتوا بوقوع طلاق المكره .

٢٣٨ – وقد كان العمل على مذهب أبى حنيفة فى وقوع طلاق المكره والسكران بمحرم ، وهذا المذهب يقرر وقوع طلاقهما كما بينا ، فلما جاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ اعتبر طلاق المكره والسكران لغواً ، وهذا مأخوذ من مذهب الأئمة الثلاثة كما نوهنا ، ولقد جاء فى المادة الأولى منه ، لا يقع طلاق المكره والسكران ، وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية :

« طلاق السكران لا يقع بناء على القول الراجح لأحمد ، وقول فى المذاهب الثلاثة ، ورأى كثير من التابعين ، وإنه لا يعرف عن الصحابة قول فيه بالوقوع ، وطلاق المكره لا يقع ، بناء على مذاهب الشافعية والمالكية ، وأحمد وداود وكثير من الصحابة » .

---

(١) وقد جاء فى كتب الشافعية فى عدم وقوع طلاق المكره أنه يشترط لعدم الوقوع ألا يكون الإكراه بالطلاق من القاضى لسبب يوجب ذلك . وألا يقصد عند جريان لفظ الطلاق على لسانه إيقاعه ، بل لا ينويه قط ، لأن النية لا سلطان لأحد عليها ، فكان حراً بينه وبين نفسه ، فقصد الطلاق فى هذا الحال دليل على أنه كان منه طوعاً لا كرهاً ، ويشترط أيضاً أن يأتى بالقدر الذى أكره عليه ، فلا يتجاوزه ، فلو أكره على طلقة واحدة فطلق اثنتين وقعتا عند الشافعى ، لأنه كان مختاراً فيهما .

وإن ذلك الاختيار حسن . حتى لا تكون الأسرة فى اضطراب . ولكى يكون الطلاق فى دائرة الحاجة التى لم يشرع إلا لها

هذا ومن المقرر فى المذهب الحنفى أن طلاق المخطىء والناسى يقع ، والمخطىء هو الذى أراد أن يتكلم بغير الطلاق . فجرى لسانه بالطلاق . والنسيان مثاله أن يعلق الطلاق على شىء وينسى فيفعله فيقع الطلاق ، وقد قرر الفقهاء أن الطلاق فى هذه الحالة يقع قضاء . ولكن إذا لم يصل الأمر إلى القضاء يصح أن يعيش مع أهله ، لأن العبرة بالنيات ، ولا نية له ولا يبث منه ، ولا لعب بالطلاق كالهازل .

وما زال ذلك هو المعمول به ، ومن المستحسن أن يغير ذلك أيضاً ، ليتم العمل لحديث : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه » . ولأن الطلاق شرع للحاجة ، فلابد من قصد صحيح إليه . لحاجة باعثة عليه .

٢٣٩ — هذا ومن المقرر أن طلاق السفيه يقع ، لأنه يملك النكاح ، فيملك إنهاءه ، ولأن موضع الحجر هو التصرفات المالية ، والنكاح وآثاره وكل ما يتعلق به ليس موضع حجر ، فصح أن يقع منه الطلاق ، ولو منع من الطلاق لوجب أن يمنع من الزواج .

هذا ومن المقرر أنه ليس لغير الزوج من ولى (١) أو وصى أن يوقع الطلاق لأن أحكام عقد الزواج كلها ترجع إلى الزوجين . لا إلى من تولى العقد ، ولو كان ولياً على النفس . وإذا كان الزوج مجنوناً ، وتضررت الزوجة من العشرة معه ، فلها أن ترفع الأمر إلى القاضى تطلب الفراق لذلك العيب ، فالقاضى يطلق فى هذه الحالة للضرر الثابت للزوجة وللعيب ، لأنه لم يتحقق الإمساك بمعروف ، فلم يبق إلا التفريق بإحسان . والزوج امتنع عن عبارة له يكون بها التفريق بالإحسان فيتولى القاضى ذلك نيابة عنه ، إذ هو الطريق الوحيد لرفع الظلم ، وله ولاية رفع المظالم .

---

(١) لا يصح الطلاق ، ولو كان من السيد والزوج عبده ، يروى أنه أتى النبى صلى الله عليه وسلم رجل وقال له : « يا رسول الله سيدى زوجنى أمته ، وهو يريد أن يفرق بينى وبينها » ، فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر ، فقال : (ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما ، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق) .

٢٤٠ - وإن الزوج الذى يملك الطلاق ، له أن يوكل غيره فى إيقاع الطلاق . لأن القاعدة الشرعية تقول : « من ملك تصرفاً يملك الإنابة فيه ، إن كان قابلا للإنابة » وقد تكون الإنابة فى الطلاق للزوجة نفسها ، ويسمى ذلك تفويضاً . ويجوز أن تشترط هذا التفويض ، عند إنشاء عقد الزواج ، فيكون لها أن تطلق نفسها فى الوقت الذى يثبته التفويض ، أو متى شاءت على حسب ما تدل عليه الصيغة فتكون مالكة لتطليق نفسها ، ولكن بالنيابة عن زوجها . وسنبين ذلك عند الكلام فى تفويض الطلاق إن شاء الله تعالى .

٢٤١ - من يقع عليها الطلاق : (١) يقع الطلاق على المرأة إذا كان النكاح قائماً بينها وبين زوجها حقيقة أو حكما وقيامه حكما بأن تكون معتدة من طلاق رجعى ، أو من طلاق بائن لم يكن المكمل للثلاث ، لأنه إذا كان المكمل للثلاث فقد زال الحل ، فلا فائدة من الطلاق ، إذ استنفد المطلق كل ما يملك .

وإنما اعتبر قائماً حكما فى أثناء العدة لأن العلاقة بينهما لم تنته بعد ، وذلك فى الطلاق الرجعى ظاهر ، أما فى الطلاق البائن فيظهر قيام النكاح وجوب النفقة لها ، واستقرارها فى بيت الزوجية ، وعدم حل زواجها من زوج آخر .

٢ - ومثل العدة من طلاق رجعى أو بائن يوقعه الزوج — العدة من كل فرقة بحكم الشارع إذا اعتبرت طلاقاً ينقص من عدد الطلاق : كالفرقة بسبب إباء الزوج الإسلام إذا أسلمت الزوجة ، فإنها قد اعتبرت طلاقاً على القول الراجح فى المذهب الحنفى ، والفرقة بالإيلاء ، وهو أن يحلف الرجل على ألا يأتى امرأته ، ويستمر على يمينه أربعة أشهر ، وتعتبر الفرقة طلاقاً على مقتضى المذهب الحنفى ، لقوله تعالى . « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم ، وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم » ... وهكذا كل فرقة اعتبرت طلاقاً لم يزل الحل .

٣ - ومثل هاتين الحالتين فى الحكم ، إذا كانت معتدة من فرقة اعتبرت فسخاً لم ينقض العقد من أساسه ، ولم يزل الحل ، كالفرقة بردة الزوجة ،

وذلك لأن الفسخ فى هذه الحال يعتبر إنهاء لعقد الزواج لا يلغى أحكامه السابقة . فكان كالطلاق . فيوجب ما يوجبه .

هؤلاء هن النساء اللائى يقع عليهن الطلاق ، أما من لا يقع عليهن الطلاق ، فهن :

(أ) المعتدات من فرقة هى فسخ كنقض للعقد من أصله ، كالفرقة لخيار الإدراك . وعدم الكفاءة . ونقص المهر عند الإنشاء عن مهر المثل ، لأن العقد قد نقض من أصله . فلم يبق له وجود فى العدة ، والطلاق أثر من آثار عقد الزواج فلابد من وجوده . ولو اعتباراً ليتصور وقوع الطلاق

(ب) إذا كانت معتدة من فسخ قد أزال الحل ، كأن يكون منه أو منها بأحد أصوله أو فروعه ما أزال الحل بينهما — لأنه لا معنى للطلاق ، إذ الأثر فى اعتبار الطلاق فى العدة هو احتسابه مما يملك من طلقات ثلاث ، إذا استأنفا الحياة الزوجية من جديد . وذلك غير متصور . ولا ممكن .

(حـ) لا يقع الطلاق على المطلقة لغير عدة . وهى المطلقة قبل الدخول والخلوة لانقطاع العلاقة الزوجية بينهما بمجرد صدور لفظ الطلاق ، إذ لا أثر للزواج من بعد ، حتى يعتبر باقياً حكما . حيث لا عدة . ولذلك لو قال لزوجته قبل الدخول : أنت طالق . أنت طالق — لا تقع إلا واحدة ، لأنها بالأول بانت . وصارت أجنبية . فالطلاق الثانى ورد على غير محل ، وكذلك من طلقت بعد الدخول . أو فسخ نكاحها بعد الدخول وانتهت العدة ، إذ لا بقاء للنكاح من بعد زوالها ، ولا يقع الطلاق على أجنبية لم ترتبط بعلاقة زوجية سابقة .

وهذا كله فى الطلاق المنجز . وكذلك الطلاق المعلق إذا لم يكن التعليق على النكاح . فإذا قال لامرأة لا تربطها به صلة زوجية : أنت طالق ، فكلامه لغو . وكذلك إن قال لها أنت طالق إن دخلت الدار .

أما إذا قال : أنت طالق إن تزوجتك . فقد علق الطلاق على الزواج فى هذه الحال . وقال الحنفية : إن الطلاق يقع فور زواجها ، وخالفهم فى ذلك الشافعى وأحمد فقالا : إن الطلاق لا يقع ، لأن التعليق صدر باطلا ، فكان لغواً ، إذ كانت أجنبية عنه وقت التعليق .

وقد انبنى على هذه المسألة جواز تفويض الطلاق قبل الزواج . فالحنفية أجازوا تفويض الطلاق للزوجة قبل عقد الزواج ، لأن التعليق عندهم جائز إذا كان على العقد ، والحنابلة والشافعية منعوا كل تعليق قبل تمام العقد ، فإذا قال عند إنشاء عقد الزواج لامرأة ، إن تزوجتك فأمرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت ، وانعقد الزواج بينهما ، فإنها تملك أن تطلق نفسها عند الحنفية ، والشافعية والحنابلة لم يسوغوا التفويض على ذلك النحو فلا تملك .

٢٤٢ — وعلى ذلك إذا قال رجل لامرأته التى لم يدخل بها : أنت طالق وقع طلاقها بائناً ، فإذا قال لها بعد ذلك : أنت طالق لا يقع شىء ، فالطلاق لا يعقب الطلاق فى غير المدخول بها ، حقيقة أو حكما ، وكذلك لا يعقب الطلاق إذا كان الأول متمماً للثلاث ، ولو كان فى العدة ، لأنه لا شىء يقع ، إذا انتهى الحل .

وإذا قال لامرأته المدخول بها : أنت طالق ، أنت طالق ، فجمهور الفقهاء قرروا على أنه تقع اثنتان ، والذين قالوا : إن الطلاق المقترن بالعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة قرروا فى هذه الصورة أن الطلاق يقع واحدة ، لأنه كالمقترن بالعدد من كل الوجوه ، ولا فرق فى ذلك بين أن يقول القائل : أنت طالق اثنتين أو ثلاثاً ، وبين أن يقول : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق .

ولذلك فضل من البيان سنتكلم عنه عند الكلام فى الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث ، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى هذا المقام .

٢٤٣ — الألفاظ التى يقع بها الطلاق : يقع الطلاق بكل لفظ يدل عليه إذا وضحت الدلالة ، واستبان قصد إيقاع الطلاق ، بيد أن الطلاق ككل الحقائق له ألفاظ تدل عليه بأصل وضعها ، أو باشتهار الاستعمال فيها ، حتى صار معناه يتبادر إليها من غير حاجة إلى قرائن ، ولذلك كانت الألفاظ الدالة على الطلاق قسمين : ألفاظ صريحة فى الطلاق ، وألفاظ تدل عليه بطريق المجاز ، ويسمى التطليق بها فى عرف الفقهاء الطلاق بالكناية ، كما يسمى التطليق بالأولى الطلاق الصريح .

فالطلاق الصريح ما يكون بلفظ الطلاق ، أو يشتق منه ، أو ما يتلاق معه فى الاشتقاق . كلفظ طلقتك ، وأنت طالق ، وأنت مطلقة ، وألحقوا بهذا لفظ أنت حرام ، أو أنت على حرام ، أو هى على حرام ، ونحو ذلك مما هو صريح فى قطع العلاقة الزوجية من غير معونة أى قرينة .

ويقوم مقام اللفظ الصريح الكتابة المستبينة إذا كانت برسم الزوجة ، بأن يكتب إليها كتابا برسمها (أى بعنوانها) ويكتب فيها عبارة موجهة إليها مضيفاً فيها الطلاق إليها ، فإن الطلاق فى هذه الحال أيضاً يكون صريحاً ، ومنه إشارة الأخرس الدالة على الطلاق التى لا تحتمل سواه فى عرفه الذى يعلمه المتصلون به . فإن هذه الإشارة أقصى ما يمكنه أداء المعنى به ، فتعتبر بالنسبة له كاللفظ الصريح القادر عليه .

ولابد لكى يقع الطلاق الصريح أن ينطق به مضيفه إلى زوجته ، فاهما معناه فهماً صحيحاً ، فلو لقن أعجمى النطق بكلمة (أنت طالق) غير فاهم معناها لا يقع بها شىء ، وإن كان الزوج فاهما معناها ، ولكنه لم يقصد إلى إيقاع الطلاق . بل قصد معنى آخر يحتمله اللفظ على سبيل المجاز يقع الطلاق أمام القضاء . ولكنه لا يقع فيما بينه وبين الله ، لأن كل امرىء وما نوى إلا إذا قصد الهزل . فإنه يقع من كل الوجوه . للحديث الذى تقدم (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد) ، وقد ذكر منها الطلاق كما ذكرنا .

وأما الطلاق بلفظ الكناية ، فيكون بكل لفظ لم يوضع للطلاق ، ولكن اقترن به من القرائن ما جعله للطلاق ، أو جعله يحتمل إرادة الطلاق .

والمذهب الحنفى يقول : إن الطلاق بالكناية إن كانت دلالة الحال تبين معنى الطلاق يقع من غير نية ، إذ الحال تعتبر قرينة مثبتة أن المراد باللفظ الطلاق وتجعله دالا عليه ، فإن لم تكن الحال كافية للدلالة على إرادة الطلاق

بل دلالته احتمالية (١) ، فإن الطلاق يقع به إن وجدت النية

وعلى ذلك لا يشترط المذهب الحنفي في وقوع الطلاق بألفاظ الكناية النية دائماً ، بل يكتفى في بعض الأحوال بدلالة الحال ، وفي بعضها لا يكتفى بها ، ويشترط النية .

هذا رأى الحنفية ومعهم بعض الحنابلة ، ورأى الشافعي ، ومالك أن ألفاظ الكناية لا يقع بها الطلاق إلا بالنية ، ولا عبرة بدلالة الحال ، وذلك لأن هذه الألفاظ لم توضع للدلالة على تلك الحقيقة الشرعية . ولم تعين في العرف للدلالة عليها فلا تقع دالة على الطلاق إلا إذا استعملها المتكلم مجازاً في هذا المعنى ، وذلك بقصده الطلاق بها ، وقيام القرينة الدالة على ذلك . فلا يتحقق المجاز إلا بالقصد إليه ، وذلك بالنية فلا يقع الطلاق بها من غير نية.

وقد كان العمل بمذهب أبي حنيفة إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فأخذ بمذهب مالك والشافعي في اعتبار أن كنايات الطلاق لا يقع الطلاق بها إلا بالنية ، فقد نصت المادة الرابعة منه على ذلك ، فذكرت « أن كنايات الطلاق وهي ما تحتمل الطلاق وغيره لا يقع الطلاق بها إلا بالنية » .

وعلى ذلك إذا صدر منه لفظ من ألفاظ الكناية ، فادعت الزوجة عليه أنه طلقها بهذا اللفظ لصدوره عنه ، واعترف هو بصدوره ، ولكن أنكر إرادة الطلاق يكون القول قوله بيمينه ، فيحلف أنه ما أراد بهذا اللفظ ، فإن

---

(١) يقسمون ألفاظ الكناية إلى ثلاثة أقسام . ويقسمون الأحوال كذلك إلى ثلاثة أقسام (القسم الأول) حال مذاكرة الطلاق ، (والقسم الثاني) حال الغضب ، (والقسم الثالث) حال الرضا من غير مذاكرة طلاق ، وألفاظ الكنايه ثلاثة أقسام : ما يصلح جواباً لطلب الطلاق ، ولا يصلح شتماً مثل اعتدى ، والقسم الثاني ما يصلح شتماً وجواباً ولا يصلح رفضاً لطلبها الطلاق مثل خلية ، برية ، بتة ، والقسم الثالث ما يصلح جواباً لطلبها الطلاق ورفضاً لطلبها الطلاق . مثل اخرجي ، اذهبي ، قومي ، ففي حال رضا الزوج الخالي من مذاكرة الطلاق ، لا بد من النية في الأقسام الثلاثة للألفاظ ، لأن الحال ليس فيها ما يساعد على تعيين الطلاق مراداً ، وفي حال الغضب يتوقف على النية ما يصلح جواباً وشتماً ، وهما القسمان الثاني والثالث ، ويقع الأول من غير نية ، لمساعدة الحال ، وفي حال مذاكرة الطلاق يقع من غير نية في القسمين الأول والثاني ويحتاج إلى النية في الثالث .

نكل عن اليمين صدقت فى دعواها إرادة الطلاق باللفظ . وحكم بصدق دعواها فى الطلاق (١) .

٢٤٤ – صيغة الطلاق : قد تكون صيغة الطلاق منجزة ، وقد تكون معلقة . وقد تكون مضافة إلى المستقبل . وقد قرر الفقهاء أن الطلاق يقع بهذه الصيغ الثلاث . فيقع بالصيغة المنجزة ، وهى التى تفيد وقوع الطلاق ، وترتيب آثاره فى الحال . ويقع بالصيغة المضافة إلى المستقبل ، وهى التى تفيد إنشاء التصرف فى الحال وتؤخر الأحكام إلى المستقبل ، كعقد إجارة بعقد فى الحال ويتفقان على أنه ينفذ بعد شهرين مثلا ، ومثال الطلاق المضاف إلى المستقبل أنت طالق غداً ، أو أنت طالق بعد شهرين ، فى هذه الصورة لا يقع الطلاق فى الحال ، بل يقع فى الوقت الذى أضيف إليه ، وبهذا يكون صدور الطلاق فى الحال ووقوعه فى الوقت الذى أضيف إليه .

ولهذا يشترط أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق فى الحال بأن يكون مستوفياً للشروط التى تسوغ له ذلك ، وأن تكون الزوجة صالحة لأن يقع عليها الطلاق فى ذلك الزمن الذى أضيف إليه ، فلو قال لها : أنت طالق بعد شهر ، وقبل مضى الشهر قد طلقها ، ولم يكن دخول فإن الطلاق الأول لا يقع ، لأن الزمن الذى أضيف إليه لفظ الطلاق كانت المرأة غير أهل له فيه .

ويقع الطلاق بالصيغة المعلقة . وهى التى تفيد وقوع الطلاق عند وجود أمر يوجد فى المستقبل . كقوله إن دخلت دار فلانة فأنت طالق ، فالصيغة على هذا الوضع لا تفيد إنشاء الطلاق فى الحال ، ولكن تفيد إنشاءه عند وجود الأمر المعلق عليه .

وإنما وقع الطلاق بالصيغة المعلقة لأنه إسقاط وليس بتمليك ، والإسقاطات كلها تقع بالصيغة المعلقة ، فالإبراء ونحوه يقع بالصيغة المعلقة .

ولكى يتحقق معنى التعلق يجب أن يكون الأمر المعلق عليه من الأمور التى ستوجد فى المستقبل ، وليس مستحيل الوجود ، فإن كان موجوداً فى

---

(١) كتاب الأحوال الشخصية للمرحوم أستاذنا أحمد (بك) إبراهيم ص ٢٥٤

الحال . كانت الصيغة فى حكم المنجزة (١) وإن كانت فى الصورة معلقة ، وإن كان مستحيل الوجود فإنه يكون نفياً مؤكداً للطلاق . وليس تعليقاً ، وكذلك لا يقع الطلاق إن كان التعليق على مشيئة الله سبحانه وتعالى ، لأن مشيئة الله سبحانه وتعالى مغيبة عنا ، ولأنه لا يقع الطلاق بهذا النوع من التعليق ، ويسمى استثناء فى الإيمان ، فلا يقع به الطلاق إذا كان متصلا ، فإذا كان متراخياً (٢) وقع الطلاق منجزاً ، لعدم وجود الاستثناء بعد أن صار الطلاق حقيقة واقعة .

٢٤٥ — والتعليق ، وإن كان يفيد وقوع الطلاق عند وقوع الأمر المعلق عليه لابد أن يكون الناطق به أهلا لإيقاع الطلاق وقت إنشاء الصيغة لأنه وإن كان لا يقع إلا بعد وجود الأمر المعلق عليه قد كان إنشاء الصيغة الدالة عليه فى الحال ، فلابد أن يكون الناطق أهلا لها ، وإلا وجدت ملغاة لا معنى لها ، فإن كون السبب فى وقوع الطلاق ، وهو الصيغة لا يعمل إلا فى المستقبل ، لا يمنع من استيفائه الشروط الخاصة بالأهلية عند الإنشاء .

والتعليق عند الحنفية قسمان : تعليق على فعل من الأفعال غير الزواج والثانى التعليق على الزواج نفسه .

أما القسم الأول فيشترط فيه : (١) أن يكون الزوج أهلا لوقوع الطلاق ، وقت إنشاء الصيغة وبملكه ، ولا يشترط أن يكون أهلا له وقت

---

(١) مثال ذلك إذا قال إن كان امرأتى ولدت بنتاً فهى طالق ، وكانت قد ولدت فعلا وقت نطقه بنتاً يقع الطلاق فى الحال فالتعليق فى الصورة ، لأنه علق على أمر ثابت فى الحال ، ولكنه إذا كان متجدداً يستمر فى المستقبل ، كأن يقول : إن لبست الثوب الفلانى ، فهى طالق ، وهى لابسة له يقع الطلاق إن لم تقلعه فى الحال لأن المعلق عليه بكون اللبس متجدداً فى المستقبل ، وهو ما يلى وقت الخلع ، وهذا يسمى الأفعال الممتدة منه ، وليس منه إن دخلت دار فلان فأنت طالق .

(٢) إذا كان التراخى بسبب عذر كسعال ونحوه لا يعد تراخياً ، وقال بعض العلماء إن الاستثناء يمتد إلى المجلس فى الأيمان ، وقال ابن عباس يمتد إلى سنة ، ولقد دس لأبى حنيفة عند المنصور بأنه يخالف فتوى جده عبد الله بن عباس فيشترط فى الاستثناء الاتصال ، فقال المنصور : لم خالفت ابن عباس فى الاستثناء ؟ فقال له : لحفظ الخلافة عليك ، فإنك تأخذ البيعة بالأيمان والعهود الموثقة على وجوه العرب فيخرجون من عندك ، ويستثنون فقال : أحسنت .

وقوع الفعل . فإذا علق الطلاق ثم جن ثم وقع الشيء المعلق عليه يقع طلاقه(١) لأن الصيغة إذا صدرت من أصلها مستوفية شروطها كان لها أثرها ، ولو زالت الأهلية بعد ذلك . فإنه إذا صدرت الصيغة صحيحة تؤدي مؤداها .

(٢) ويشترط أن يكون التعليق ووقوع الفعل فى حل واحد عند أئمتنا الثلاثة أبى حنيفة والصاحبين . فلو علق طلاق امرأته ثم طلقها ثلاثاً . أو مكملا الثلاث ثم انتهت عدتها . وتزوجها آخر ودخل بها ثم طلقها . وبعد انتهاء عدتها تزوجها الأول ثم وقع الأمر المعلق عليه لا يقع الطلاق . لأن الطلاق المعلق طلقة واحدة أو أكثر من طلقات الحل الأول والثلاث . وقد زال كله فلا يمكن أن يتحقق طلاق بوجود هذا الأمر الذى كان معلقاً .

ولا يشترط بقاء الزواج الذى حصل فيه التعليق . فلو علق طلاقها ثم طلقها واحدا وانتهت عدتها ، ثم تزوجها بعد ذلك . ووقع الشيء المعلق عليه فإن الطلاق يقع .

وهذا كله عند أئمتنا الثلاثة . أما زفر فقد قال : لا يشترط بقاء الزواج . ولا يشترط بقاء الحل . فلو علق طلاقها على أمر ، ثم طلقها ثلاثاً ، وبعد زواجها بغيره ، وطلاقها منه . وانتهاء عدتها ، تزوجها ، ووقع الشيء المعلق عليه . يقع الطلاق لأن الرجل علق وما قيد بمحل معين ، وإذا كان قد تعذر الطلاق بالفرقة قبل وجود المعلق عليه . فإذا جاء الحل عاد . والتعليق ما زال باقياً .

(٣) ويشترط أن تكون المرأة عند وجود الصيغة والأمر المعلق عليه

---

(١) وقد كان فى هذا الفرع بعض الغرابة بمقتضى منطق الفقه الحنفى ، لأن هذا الفقه يعتبر التصرف المعلق غير موجود إلا بعد وجود المعلق عليه ، وكان مقتضى ذلك أن يكون المطلق أهلا للطلاق عند وجود الفعل ، حتى ينشأ الطلاق . وقد أجاب عن ذلك الكاسانى بوجهين .

« أحدهما » أن المعلق ، ولو كان لا يقع إلا عند وقوع الفعل المعلق عليه — الإنشاء كان وهو عاقل ، والتصرف مسند إلى الإنشاء ، ولذا لا حاجة إلى صيغة جديدة .

« ثانيهما » أن المجنون أهل فى الجملة لإيقاع الطلاق إذ يحكم القاضى به . فكان كلامه السابق صالحاً للإعمال بالقياس على حكم القاضى بالطلاق نيابة عنه .

« وخلاصة القول أن الطلاق ، وإن كان لا يقع إلا عند وقوع المعلق عليه . فإن الصيغة الأولى هى السبب » .

صالحة لإيقاع الطلاق عليها ، بأن تكون زوجة ، أو فى عدة يقع الطلاق عليها فيها ، فلو كانت أجنبية عند وقوع الأمر المعلق عليه ، لا يقع شئ ، فلو قال لامرأته : أنت طالق إن كلمت فلاناً ، ثم طلقها وانتهت عدتها ، وكلمته لا يقع طلاق ثان ، بل تعتبر اليمين قد انتهت ، فإذا جاء بعد ذلك وكلمته لا يقع شئ إلا إذا كان قد قال : «كلما كلمت فلاناً فأنت طالق» .

٢٤٦ — وإذا كان التعليق على الزواج فهو صحيح ، ولا يشترط أن تكون المرأة وقت الصيغة صالحة لإيقاع الطلاق عليها كالأمر الأول ، وهذا موضع الخلاف بين الفقه الحنفى والمالكى وغيرهما ، فإن الفقه الحنفى والمالكى فى الجملة يجيزان التعليق على الزواج ، والفقه الشافعى والحنبلى لا يجيزان تعليق الطلاق على الزواج (١) .

فلو قال لامرأة ، إن تزوجتك فأنت طالق ، يعتبر هذا الكلام لغواً عند الشافعى وأحمد ، ولا يعتبر لغواً عند أبى حنيفة ، فإن تزوجها وقع الطلاق ، وذلك لأن التعليق عند الحنفية يمين ، فيجوز على كل شئ ، وإذا كانت المرأة ليست أهلا للطلاق وقت اليمين فلا عبرة بذلك ، لأن اليمين تصرف من الحالف ، واشتراط أهليتها للطلاق ، يتحقق عند وقوعه ، وهو الأمر المحلوف عليه ، ولا يشترط قيام الملك لتحقق الحلف ، فالحلف حقيقة واقعة أمكن تحقيق المحلوف وقتها أو لم يمكن .

وحجة الشافعى وأحمد فى هذا أن الطلاق شرع للتخلص من متاعب الحياة الزوجية إن تحولت إلى متاعب ، فيجب أن يكون ثمة زوجية أو آثارها عند إنشاء الطلاق ، ولا فرق فى ذلك بين طلاق منجز ، وطلاق معلق ، إذ التعليق يوجب إنشاء التصرف فى الحال ويؤخر أحكامه إلى الاستقبال ، فيجب

---

(١) أساس الخلاف فى هذه المسألة أن الحنفية والمالكية قالوا إن التصرف لا ينشأ بمجرد وجود الصيغة ، بل يوجد التصرف عند وجود الأمر المعلق عليه ، فلم يشترطوا ملكيته للطلاق فعلا عند التعليق ، أما الشافعية والحنابلة ، فقد قالوا : إنه فى التعليق ينشأ به التصرف فى الحال ولكن يؤخر أحكامه إلى وجود الأمر المعلق ، ولذلك اشترطوا فى كل تعليق أن يكون المتصرف مالكاً للتنجيز ، عند تعليقه ، وقالوا لا يصح تعليق الطلاق إلا إذا كان المعلق يملك التنجيز فى الحال فإذا كان لا يملكه يعتبر كلامه لغواً ، فلا يلتفت إليه .

أن يكون المتصرف أهلا للتصرف عند الإنشاء ، ويجب حينئذ أن يكون قادراً على إيقاع الطلاق وقت الإنشاء ، وقد انبنى على الخلاف فى هذه المسألة الخلاف فى مسألة التفويض قبل تمام عقد الزواج ، فالشافعى والحنابلة منعوه . وأبو حنيفة والمالكية أجازوه .

٢٤٨ — والتعليق فى كل صورة عند الحنفية كاليمين لا يجوز الرجوع فيه . فلو قال لامرأته : إن دخلت دار فلان فأنت طالق لا يجوز أن يرجع عن قوله ، لأن الأيمان بكل أنواعها لا يجوز الرجوع فيها ، فمن يحلف حلفاً لا يجوز أن يعدل عنه ، بل يمضى فيه أو يحنث ، وإن حنث كانت المؤاخذة التى رتبت على الفعل أو رتبها الشارع على الحنث .

وقد تخرجت على هذا أبواب كثيرة فى الفقه الحنفى ، فالتفويض لا يصح الرجوع فيه لأنه كاليمين ، والخلع لا يصح الرجوع فيه قبل القبول من جانبها إذ قد علق الطلاق على قبولها المال ، أو الإبراء من حقوق الزوجية ، وهكذا ، وقد نظمت أحكام هذه الأبواب على ذلك الأساس .

٢٤٨ — وإذا كان الفقه الحنفى قد سوغ كل تعليق ، وأوقع الطلاق عند وقوع المعلق عليه ، كان ذلك قاعدة مطردة عند الفقهاء فى المذاهب الأربعة فى الجملة ، فى ظل هذا كان الناس يحلفون بالطلاق فى أتفه الأمور وأكبرها ، وعمت البلوى ، حتى صار الناس فى حرج شديد ، فإنهم بين أن يستهينوا بالمحرمات فيجترحوها ، فيعيشوا بين أزواجهم عيشة يعتقدون حرمتها ، وبين أن يحرموا أزواجهم عليهم إذا وصل العدد إلى الثلاث ، ويحتالوا للتحليل ، وفى كل هذا مفاسد فكان لابد من علاج ، وفى الفقه الإسلامى متسع ، ذلك أن اتخاذ الطلاق يميناً يحلف به لم يكن فى عهد الصحابة ولما كثر الحلف بالطلاق فى عهد التابعين أفتى كثيرون بأنه لا يقع به شىء من الطلاق ، فقد روى عن طاوس أنه قال : ليس الحلف بالطلاق شيئاً ، وصح عن عكرمة مولى عبد الله بن عباس فى أيمان الطلاق أنه قال : « إنها من خطوات الشيطان لا يلزم بها شىء » ، وروى عن شريح قاضى أمير المؤمنين على بن أبى طالب ومن بعده أنه قال : إنه لا يلزم بأيمان الطلاق شىء .

وبهذا أخذ داود الظاهرى ، والقفال من الشافعية ، وبعض أصحاب أحمد بن حنبل رضى الله عنه (١) .

ولقد جاء قانون سنة ١٩٢٩ متضمناً العلاج ، فلم يجعل كل تعليق يميناً ، ولم يمنع كل تعليق على اعتبار أنه يمين ، بل قسم التعليق إلى قسمين :

(أحدهما) قصد فيه الزوج إلى ربط الطلاق بحادثة معينة ، لو وقعت لوقع الطلاق وهو قاصد إليه ، كأن يعلق طلاقها على قبولها مالا تفتدى به نفسها ، أو يعلق طلاقها على رضا أبيها به بالقول صراحة ، أو نحو ذلك مما يتضح فيه أنه يقصد ربط الطلاق بشرط معين ، فإنه فى هذه الحال يقع الطلاق .

(وثانيهما) تعليق لم يقصد به ربط الطلاق بفعل أو قول قصداً حقيقياً صحيحاً بل قصد به إما :

١ — الحمل على فعل شىء معين ، سواء أكان المقصود حمل زوجته أم حمل غيرها .

٢ — قصد به المنع من فعل معين أو قول ، سواء أكان هذا القول أو الفعل منها أم من غيرها .

٣ — أو يقصد به توثيق امتناعه عن فعل ، كأن يقول إن شربت الدخان طلقت امرأتى ، فى هذه الصور وأشباهها لا يقع الطلاق ، لأنه ما قصد إيقاعه بل قصد الحمل على الفعل أو المنع منه ، والامتناع عنه ، وما كانت العلاقة الزوجية لتنقطع لمثل هذا ، بلا الطلاق إنما يكون عن حاجة إليه ، وقصد صحيح ، فلا طلاق إلا عن وطر ، كما ورد فى بعض الآثار .

وهذا نص المادة الثانية من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ : « لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شىء ، أو تركه لا غير » وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية فى هذا المقام ما نصه :

« والتعليق إن كان غرض المتكلم به التخويف ، أو الحمل على فعل شىء

---

(١) راجع فى هذا إعلام الموقعين لابن القيم الجزء الثالث من ص ٣٥ إلى ص ٧١ .

أو تركه ، وهو يكره حصول الطلاق ولا وطر له فيه ، كان فى معنى اليمين بالطلاق ، وإن كان يقصد به حصول الطلاق عند حصول الشرط ، لأنه لا يريد المقام مع زوجته عند حصوله — لم يكن فى معنى اليمين ... وأخذ فى إلغاء الطلاق المعلق الذى فى معنى اليمين برأى الإمام على ، وشريح ، وعطاء والحكم بن عتبة ، وداود وأصحابه ، وابن حزم» .

ونرى أن تطبيق هذه المادة يرجع فيه إلى قصد المتكلم ، وتفسير قصده مرجعه فيه إليه ، إن لم تكن قرينة حال شاهدة كمن يحلف على مساومة فى مبيع ، فإن قصد اليمين يكون واضحاً من قرائن الأحوال من غير حاجة إلى التفسير ، وإن لم تكن ثمة قرائن ، أو حصل اختلاف حول قصده كأن تدعى أنه قصد الطلاق بالتعليق ، وينكر أنه قصد الطلاق ، بل قصد الحمل على الفعل أو المنع منه ، فإنه يكون القول قوله فى الإخبار عن نفسه بيمينه ، كالنية فى الكنايات على ما بينا .

عـــدد الطلقات

٢٤٩ — قال الله تعالى : « الطلاق مرتان ، فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ، ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ، تلك حدود الله فلا تعتدوها ، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون ، فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره »

دلت هذه الآية على جملة أمور :

أولها : أن الزوج يملك ثلاث طلقات لأنه سبحانه ذكر اثنتين أولا ، والثالثة ذكرها بعد أن بين حكم افتدائها نفسها ، إن خافا ألا يقيما حدود الله ، وهى العشرة الحسنة ، وقيام كل منهما بما عليه من حق .

ثانيها : أن الزوج له بعد الطلقة الأولى ، والطلقة الثانية أن يراجع زوجته ، ولذا قال بعدهما ، (فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان) .

ثالثها : أن الطلقات الثلاث لا تقع دفعة واحدة بل تقع على دفعات ،

فالطلاق المقترن بالعدد لفظاً أو إشارة ينبغي بمقتضى نص الآية ألا يقع إلا واحدة ، لأنه دفعة واحدة .

هذا ما تدل عليه الآية الكريمة بعبارتها ، ونأخذ منها أن عدد الطلقات ثلاث بالنسبة للحر إن كان متزوجاً حرة ، فإن كان الحر متزوجاً أمة ، أو كان العبد متزوجاً حرة ، فهل يملك الزوج في الصورتين ثلاث طلقات ؟ إنه من المقرر أن حقوق العبد وتبعاته في كثير من الأحوال على النصف من حقوق الحر وتبعاته ، فإن كان عبد متزوجاً أمة ملك عليها طلقتين ، لأن ما يملكه هو نصف ما يملك الحر ، والطلقة لا تتجزأ . فيملك طلقتين ، أما الصورتان الأخريان ، فقد كانتا موضع خلاف بين الحنفية وغيرهم ، فالحنفية اعتبروا التنصيف بالنسبة للزوجة ، فإن كانت الزوجة أمة ، والزوج حراً ملك عليها طلقتين ، لأن عدد الطلاق يفيد زيادة الحل ، وحل الحرة يجب أن يكون ضعف حل الأمة ، فإذا كان حل الحرة ثلاث طلقات فحل الأمة يكون بنصف حل الحرة ، ولأن النبي ﷺ قد روى عنه أنه قال : « طلاق الأمة اثنتان ، وعدتها حيضتان » .

وقال الأئمة الثلاثة : إن التنصيف يعتبر بالنسبة للرجل ، لأن الطلاق حق من حقوقه ، وحقوق العبد على نصف حقوق الحر ، فإذا كان الحر يملك ثلاثاً فالعبد يملك اثنتين ، لأن الطلقة لا تنصف ، فيملك الثانية كاملة ، ولا اعتبار لكون الزوجة حرة أو أمة ، ولأن النبي ﷺ قال : « الطلاق بالرجل والعدة بالنساء »

٢٥٠ — الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث : قلنا إن قوله تعالى : « الطلاق مرتان » يفيد أن الطلاق الثلاث يقع على ثلاث دفعات ، ولكن الأئمة الأربعة أمضوه إذا طلق الثلاث دفعة واحدة ، وإن طلق اثنتين ، وقع اثنتين وخالفهم غيرهم ، فبعض العلماء قال : إن الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث لا يقع به شيء ، وبعضهم قال : إن الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث ، أو بالتكرار في مجلس واحد ، يقع طلقة واحدة رجعية .

فالأقوال على ذلك ثلاثة ، ولكل قول حجة .

٢٥١ — وقد احتج الأئمة الأربعة بفتاوى منسوبة لعلى ، وعثمان ابن عفان وعمر بن الخطاب ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وغيرهم من علية الصحابة رضوان الله تعالى عليهم ، كانوا يفتون بأن من طلق امرأته ثلاثاً وقع ثلاثاً ، بل لقد ادعى الإجماع على ذلك ، وما كان لهؤلاء العلية من الصحابة أن يقولوا ذلك إلا إذا كانوا قد علموه عن رسول الله ﷺ ، وإذا كانت قد وردت أحاديث بخلاف ذلك ، فلابد أنها نسخت فى عهد النبى ﷺ .

وأما القول الثانى وهو قول بعض الشيعة الإمامية إن الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث لا يقع به شىء ، فحجته أن ذلك التطليق بدعة جاء على غير طريقة السنة التى أبيح الطلاق فى حدودها . وكل ما جاء على غير طريقة السنة فهو رد لا يلتفت إليه ، لأن الشريعة رسمت حدوداً للطلاق الذى أذنت به ، فإذا جاء على غير ما رسمت . فهو على ما أذنت ، فلا يقع طلاق .

وأما القول الأخير . وهو أن الطلاق المتعدد بلفظ الثلاث أو بإشارة مقربة بالثلاث ، أو بثلاث طلقات متتابعات فى مجلس واحد ، يقع طلقة واحدة ، فحجته : (١) أن السنة أن يطلق طلقة واحدة فى طهر لم يدخل بها فيه ولا فى الحيض قبله ، فإذا خالف السنة ، وطلق اثنتين أو ثلاثاً بلفظ واحد فإنه يمضى عليه ما أذن به الشارع ، ويكون الباقى لغواً :

(٢) أن الطلاق كما هو صريح فى الآية الكريمة . « الطلاق مرتان » لا يقع إلا فى دفعات ، فلا يقع مرة واحدة ، فاذا أوقعه دفعة واحدة بلفظ الثلاث ، أو بالنطق ثلاث مرات ، فإنه لا تقع إلا واحدة ، والعد لغو ، أو ما يجىء بعد ذلك لغو لا يلتفت إليه .

(٣) وما رواه مسلم عن ابن عباس رضى الله عنه ، إذ قال : « كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبى بكر ، وسنتين من خلافة عمر — طلاق الثلاث يقع واحدة ، فقال عمر بن الخطاب : إن الناس قد استعجلوا أمراً لهم فيه أناة ، فلو أمضيناه عليهم ، فأمضاه ، فمن جعل الثلاث بلفظ الثلاث ، أو الثلاث فى مجلس واحد ، يكون واحدة ، فإنما يتبع الرسول ، ولا يتبع عمر رضى الله عنه ، والرسول أولى بالاتباع ، وعمر رضى الله عنه مجتهد يخطىء ويصيب .

وقد روى ذلك القول عن علي بن أبي طالب ، وأبي موسى الأشعرى ، وذهب إليه بعض أهل الظاهر ، وحكى عن بعض التابعين ، ونقلت الفتوى بذلك عن جماعة من أهل قرطبة ، كمحمد بن بقى ، وأفتى به من المتأخرين ابن تيمية وابن القيم .

٢٥٢ — وقد كان المعمول به هو مذهب أبي حنيفة الذى هو مذهب الأئمة الأربعة ، وهو أن يكون الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث يقع ثلاثاً ، والاثنتين تقع اثنتين بلفظ واحد ، فكان هذا يدفع إلى الحرج الدينى ، إذ يندفع الزوج فى نوبة غضب جامحة ، فيطلق ثلاثاً ، ولا يجعل لنفسه من أمره يسراً ، فإذا ثاب إليه رشده كان إما أن يعيش مع امرأته عيشة يعتقد أنها حرام ، وأنهما زانيان ، وفى ذلك موت الضمير الدينى ، وإما أن يتحايلا بطرق لم يحلها الشارع ، لإعادة الحل والعقد عليها من جديد ، وفى ذلك ما فيه من المفاسد ، وقد أشرنا إلى ذلك من قبل ، فكان من المستحسن علاج هذه الحال .

فجاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وعالج هذه الحال باعتبار أن الطلاق المتعدد لا يقع إلا واحدة ، وهو مذهب طائفة من السلف ، وتبعهم بعض الفقهاء كما بينا ، وقد نصت على ذلك الحكم المادة الثالثة وهى « الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة »

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية ما نصه : « الطلاق المتعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة ، وهو رأى محمد بن إسحاق . ونقل عن على ، وابن مسعود والزبير ، ونقله المنذر عن أصحاب ابن عباس ، كعطاء ، وطاووس ، وعمر بن دينار ، وقال ابن القيم : إنه رأى أكثر الصحابة » .

وبهذا كان الطلاق المقترن بالعدد لفظاً كأن يقول طلقتك اثنتين أو ثلاثا لا يقع إلا واحدة ، وكذلك الذى صحبته إشارة كأن يقول : طلقتك ويشير بأصابعه ثلاثاً أو اثنتين لا يقع إلا واحدة .

٢٥٣ — الطلاق المتتابع : وهو أن يعقب الطلاق بطلاق ، وقد ذكرنا أنه إن كانت الزوجة غير مدخول بها لا تقع إلا واحدة فإذا قال لامرأته التى

لم تزف إليه ، « أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق » ، لا تقع إلا واحدة ؛ لأن الثانية والثالثة جاءت وهى أجنبية ، لأنها تطلق لغير عدة .

أما إذا كان الطلاق قد تتابع عليها وقد كان بعد الدخول بها ، كأن يقول لها : « أنت طالق ، أنت طالق » فإن المذاهب الأربعة توقع هذا الطلاق ولو كانت هذه الطلقات الثلاث أو الثنتان فى مجلس واحد ، ولكن الذين قالوا إن الطلاق بلفظ الثلاث لا يقع إلا واحدة ، قالوا : إن الطلاق المتتابع فى مجلس واحد لا يقع إلا واحدة ، وهم من ذكرنا بعضهم ، وذكرت المذكرة الإيضاحية للقانون أكثرهم (١) .

وهنا يثار النظر فيما إذا قال لزوجته المدخول بها فى مجلس واحد : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق ، أتقع الطلقات الثلاث ، كما هو مذهب الأئمة الأربعة ، أو تقع طلقة واحدة ، كماهو مذهب بعض السلف الذين اشتق القانون مذهبه فى الطلاق المقترن بالعدد من آرائهم ؟

إننا بلاشك لو فسرنا القانون تفسيراً لفظياً ظاهرياً ، فلا نتجاوز الظاهر فى التفسير — لقلنا إن هذا النوع من الطلاق يطبق فيه مذهب أبى حنيفة ، فتطلق المدخول بها بالعـــدد الذى تتابع الطلاق به ، ولكن القوانين لا تفسر بظواهر ألفاظها فقط ، بل تفسر بأغراضها ، ومذكراتها الإيضاحية ، ومصدرها التاريخى والفكرة العلمية التى انبعث منها نظر الذين قالوها .

(أ) وغرض القانون واضح فى أنه يريد القضاء على فكرة أن الزوج له أن يطلق دفعة واحدة أو اثنتين أو ثلاثا ، وأن له أن يفصم عرا الزوجية دفعة واحدة فى مجلس واحد ، وإذا كان ذلك غرض القانون والعلة الباعثة عليه فإنه يكون من العبث أن يجعل الطلاق بلفظ الثلاث طلقة واحدة ، ويجعل الطلاق المتتابع ثلاث طلقات ، لأن المطلق يترك هذه إلى تلك ، ويفر من حكم القانون بأسهل طريق ، ولفظ القانون — وإن كان ظاهره فى المقترن بالعدد الذى يوصف فيه الطلاق بالعدد ، فإنه يحتمل شمول الطلاق

---

(١) قد ذكرهم الشوكانى فى نيل الأوطار ج ٧ ص ٦١ ، وبين أن التتابع والطلاق الثلاث بلفظ واحد — سواء .

المتتابع فى مجلس واحد ، لأنه مقترن بالعدد فى المعنى ، وإن لم يوصف لفظ الطلاق بالعدد .

(ب) وإن المذكرة الإيضاحية التى اقترنت بصدور القانون تذكر ذلك ، لأنها عبرت عن الطلاق المقترن بالعدد بقولها ، « الطلاق المتعدد لفظاً أو إشارة » ولاشك أن الطلاق المتتابع فى مجلس واحد طلاق متعدد لفظاً ، لاشك فى ذلك ، فكان ذلك التعبير مبيناً من جهة أن مراد واضع القانون من كلمة مقترن بالعدد لفظاً ، ما هو متعدد لفظاً ، ثم يشير من جهة ثانية إلى أن المقصد من القانون فى هذا الباب وهو حمل المطلق على ألا يسير إلا فى الطريق الذى رسمه القرآن الكريم ، فلا يطلق دفعة واحدة والطلاق فى المجلس الواحد ولو متتابعا يعد دفعة واحدة .

(ج) وإن المصدر التاريخى لهذه المادة من القانون يوضح ذلك . فإن الفقهاء الذين قرروا أن الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث يقع واحدة ، هم الذين قرروا أن الطلاق المتتابع فى مجلس واحد لا يقع إلا واحدة . ومن المنطق المستقيم أن نأخذ برأيهم كله ، وهو فى موضوع واحد ، ما دامت ألفاظ القانون تتسع له ، ولا تضيق عنه ، وقد ذكرنا أن القانون يحتمل ذلك التفسير الذى يرجح من حيث المعنى .

(د) وإن الذين قالوا إن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع واحدة استشهدوا لرأيهم بما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : « طلق ركانة بن عبد يزيد امرأته ثلاثاً فى مجلس واحد فحزن عليها حزناً شديداً ، فسأله رسول الله ﷺ كيف طلقتها فقال طلقتها ثلاثاً ، فقال : فى مجلس واحد ؟ قال نعم قال « فإنما تلك واحدة ، فراجعها إن شئت » فراجعها (١) » فى هذا الحديث كما ترى يعتبر النبى ﷺ الطلاق ثلاثاً فى مجلس واحد على سبيل التتابع ، أو على سبيل وصف الطلاق بالعدد طلقة واحدة .

لهذا كله نرى أنه بعد صدور قانون سنة ١٩٣٩ صار الطلاق المتتابع

---

(١) راجع زاد المعاد فى هدى خير العباد ج ٤ ص ٨٧ وشرح سبل السلام ج ٢ ص ٢٢٣ .

فى مجلس واحد ، والطلاق الموصوف بالعدد طلقة واحدة ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

الطلاق الرجعى والبائن

٢٥٤ — بينا فيما سبق من القول أن الطلاق ينقسم إلى قسمين : طلاق رجعى وطلاق بائن ، والطلاق يكون بائناً على حسب المعمول به فى أربع أحوال :

أولاها — إذا كان قبل الدخول ، لأن الطلاق قبل الدخول يكون لغير عدة ، لقوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » وإذا كانت قبل الدخول لا عدة لها ، فلا يمكن مراجعتها ، وثمرة الطلاق الرجعى الأولى تظهر فى قدرة الزوج على المراجعة من غير عقد ولا مهر جديدين فى العدة ، وحيث انتفت العدة فليس ثمة طلاق رجعى .

الثانية — إذا كان الطلاق على مال ، لأن الطلاق على مال هو لافتداء نفسها بما تقدمه من مال ، لقوله تعالى « فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » ولا يمكن أن يتحقق افتداء مع ثبوت حق المراجعة فى العدة ، إذ يهدم هو بمراجعته فيها معنى الافتداء .

الثالثة — إذا كان الطلاق هو المكمل للثلاث ، فإذا طلقها واحدة وراجعها ، ثم طلقها أخرى وراجعها ، ثم طلقها الثالثة كان الطلاق بائنا ، وكانت البينونة كبرى ، وذلك لقوله تعالى بعد ذكر الطلقتين « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » فكانت الطلقة الثالثة مزيلة للحل ، فلا يملك العقد عليها . إلا بعد أن تتزوج زوجاً غيره ، ويعاشرها . ويطلقها ، وتنتهى عدتها ، فأولى ألا يملك رجعتها .

الرابعة — ما نص على أنه بائن فى القانونين رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، ورقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وهو الطلاق للعيب ، والطلاق للسجن والطلاق للتضرر بسبب الغيبة ، والطلاق للضرر بسبب الإيذاء بالقول أو الفعل بما لا يليق بأمثالها .

وما عدا ذلك من أنواع الطلاق فهو طلاق رجعي .

٢٥٥ — وقد زاد الحنفية فى أحوال الطلاق البائن أربعاً وهى :

(أ) الطلاق الموصوف بالبينونة كأنت طالق طلاقاً بائناً ، أو الموصوف بوصف يدل على البينونة كأنت طالق طلقة شديدة .

(ب) الطلاق المشبه بشيء يدل على العظم كأنت طالق كالجبل ،

(ج) الطلاق الموصوف بأفعل تفضيل يدل على الشدة كأنت طالق أفحش الطلاق أو أشد الطلاق .

(د) ألفاظ الكناية ، لأنها تدل على الانفصال فى الحال ، ولا يتحقق إلا بالبائن ، وقد استثنى منها ألفاظ ثلاث وهى : اعتدى ، واستبرئى رحمك ، وأنت واحدة ، وذلك لأن هذه الألفاظ قد حذف فيها لفظ الطلاق مع نية ذكره ، فمعنى اعتدى ، أنت طالق فاعتدى ، ومعنى استبرئى رحمك أنت طالق فاستبرئى رحمك ، ومعنى أنت واحدة أنت طالق طلقة واحدة ، فكلمة الطلاق مطوية على نية الذكر . فكأن الطلاق بلفظ صريح فيقع رجعياً ، وفوق ذلك فإن هذه الألفاظ الثلاثة لا تدل على الانفصال فى الحال .

هذا رأى الحنفية — وهو رأى مذهب مالك : رضى الله عنه ، وقال الشافعى وأحمد ، وهو رأى آخر فى مذهب مالك إن الطلاق لا يقع بائناً إلا فى الأحوال الأولى المذكورة فى النبذة السابقة ، وأساس الخلاف بين الحنفية وغيرهم هو وصف الطلاق بأنه رجعي أو بائن . أهو من عمل الشارع أم من عمل المطلق ؟ فأبو حنيفة يرى أن الأصل فى الطلاق أنه رجعي ، ولكن للمطلق أن يعطيه وصف البينونة ، فيكون بائناً فإن وصفه بالبينونة أو الشدة أو الانفصال كان بائناً ، لأن له أن يجعله كذلك ، وقال غيره إن وصف الطلاق إنما هو من عمل الشارع فما وصفه الشارع بأنه بائن فهو بائن وما لم يصفه بذلك فهو رجعي ، وذلك لأن الله سبحانه وتعالى قال : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ، ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر ، وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك إن أرادوا إصلاحاً » فهذه الآية الكريمة صريحة فى أن الزوج فى ذلك أحق بردها إن

أراد المراجعة فى كل طلاق . إلا إذا لم تكن عدة أو كان افتداء ، أو كان الطلاق الثالث كما نص على ذلك القرآن .

ولأن الشارع أعطى المطلق حق المراجعة خشية أن يكون قد طلق تحت تأثير غضب ، ثم يعتريه الندم ، فله أن يراجعها فى العدة ، فإذا مضت العدة من غير مراجعة كان ذلك دليلا على كمال النفرة .

وحجة الحنفية أن الشارع أعطى الزوج الطلاق مطلقاً ، ولم يوجد ما يقيده ولأنه فى نظر الأئمة الأربعة يملك البينونة الكبرى بالتطليق ثلاثاً دفعة واحدة فأولى أن يملك وصف الطلاق بالبينونة الصغرى ، لأن من ملك الأقوى ملك الأضعف .

٢٥٦ - وقد كان العمل بمذهب أبى حنيفة إلى أن جاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فجعل الطلاق البائن فى الطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال والمكمل للثلاث ، وما جاء به القانون ، وذلك ما نصت عليه المادة الخامسة وهى :

«كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال ، وما نص على كونه بائناً فى هذا القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » وقد ذكرت المذكرة التفسيرية « أن هذه المادة أخذت من مذهب الشافعى ومالك » وأشارت إلى أن الطلاق بسبب اللعان أو العيوب التناسلية ، وهى العنة والجب والخصاء ، أو إباء الزوج الإسلام عند إسلام زوجته يبقى الحكم فيه على مذهب أبى حنيفة .

وقد يثار هنا أمران : (أحدهما) الطلاق فى حال الخلوة الصحيحة أيعتبر رجعياً باعتبار أنه طلاق إلى عدة ، وليس داخلا فى الأمور المستثناة أم يكون بائناً ؟ والظاهر أنه يكون بائناً ، لأنه طلاق قبل الدخول ، والعدة فيه للاحتياط كما هو مقرر ، ولأن مذهب الشافعى ومالك - وقد صرحت المذكرة بأنه هو المصدر التاريخى لهذا القانون - يعتبره بائناً ، إذ هو طلاق قبل الدخول عندهما ، فلو قلنا إنه رجعى لم يكن ذلك اعتماداً على مذهب فقهى :

(أولهما) الإيلاء ، وهو أن يحلف ألا يأتى امرأته أربعة أشهر فأكثر ،

فإنه يقع به طلاق إن لم يدخل بها فى مدى أربعة الأشهر ، ويكون رجعياً عند مالك والشافعى ، ويكون بائناً عند أبى حنيفة ، فهل يعد رجعياً بحكم القانون ؟

الظاهر ذلك لسببين : (أحدهما) أن القانون اعتبر كل طلاق ما عدا الأربعة السابقة بائناً ، وهذا ليس منها وهو وإن كان بأمر الشارع — المتسبب فيه هو الزوج .

(ثانيهما) أن المذكرة الإيضاحية ذكرت أن المادة الخامسة مأخوذة من مذهب الشافعى ومالك ، ورأيهما أنه يكون طلاقاً رجعياً ، وقد ذكرت المذكرة الأمور التى استمر العمل بها على مقتضى مذهب أبى حنيفة ، ولم تعد من بينها الإيلاء فكان من مقتضى هذا أن يعد رجعياً ، ولا نرى وجها يمكن أن يعد به بائناً إلا أن يقال إن القانون مقصور على الطلاق الذى ينشئه الزوج بعبارته ، وليس لذلك مستند .

٢٥٧ — حكم الطلاق الرجعى : والطلاق الرجعى لا يزيل الملك ، ولا يزيل الحل ما دامت العدة قائمة : بل يكون المطلق له كل حقوق الزوج ، فله أن يراجعها فى العدة فى أى وقت شاء ، ومعنى الحل هو كون المرأة حلالا له أن يتزوجها ، ومعنى الملك حقوق الزوجية الثابتة لكل واحد منهما على صاحبه ، وإذا انتهت العدة فى الطلاق الرجعى زال الملك ، ولكن يبقى الحل فله أن يعقد عليها فى أى وقت شاء .

فالطلاق الرجعى فى العدة : ١ — لا يزيل الملك ولا الحل كما بينا ، بل ينقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج ، فإن كانت ثلاثة صار الباقى اثنتين وإن كان الذى يملك قبل الطلاق اثنتين صار الباقى واحدة .

٢ — له أن يراجعها فى أثناء العدة فى أى وقت شاء .

٣ — لا يمنع التوارث إذا مات أحدهما فى العدة ، فإذا مات الزوج فى أثناء العدة ورثته الزوجة ، وإذا ماتت الزوجة ورثها الزوج ، ما دامت العدة كانت قائمة وقت الوفاة .

٤ — لا يحل بالطلاق الرجعى مؤجل المهر ، إذا كان مؤجلا لأقرب

الأجلين الطلاق أو الوفاة ، لأن هذا الطلاق لا ينهى الزواج بمجرد صدوره ، بل ينهيه بعد انتهاء العدة من غير مراجعة . وقبل ذلك تكون العلاقة الزوجية ثابتة لا تنقطع ، وعلى ذلك لا يحل مؤجل الصداق بمجرد هذا الطلاق إذا كان مؤجلا إليه ، بل لا يحل إلا بعد أن تنتهى العدة من غير مراجعة ، لأن ذلك وقت الانفصال بهذا الطلاق ، فبعد انتهاء العدة يكون هو والبائن سواء .

وخلاصة القول أن الطلاق الرجعى لا يؤثر فى ملك الرجل إن راجع إلا أنه ينقص عدد الطلقات ، وإذا مضت العدة من غير مراجعة كان بائناً من كل الوجوه .

٢٥٨ — الرجعة : يعرف الحنفية الرجعة بأنها استدامة النكاح فى أثناء عدة الطلاق ، ويعرفها الشافعى بأنها إعادة أحكام الزواج فى أثناء العدة بعد الطلاق ، فالحنفية يعتبرون العدة استدامة ، أى أنها تعمل على بقاء النكاح الذى لم ينقطع . أما الشافعى ، فإنه يعتبرها إعادة للنكاح الذى أزاله الطلاق ، وحجته قوله تعالى فى بيانها (وبعولتهن أحق بردهن) ، فهو عبر عنها بالرد والرد معناه الإعادة ، وأما الحنفية فيستدلون بالآية السابقة ، إذ سمى المطلق بعلا ، والبعل معناه الزوج فالزوجية باقية ، ولأنه عبر فى آية أخرى عن الرجعة بقوله تعالى : (فأمسكوهن بمعروف) والإمساك هو الإبقاء .

وقد ترتب على هذا الخلاف فى حقيقة الرجعة خلاف فى طريقتها ، فالحنفية أجازوا أن تكون بالقول أو بالفعل ، فإذا قال لها راجعتك تمت الرجعة ، وإذا دخل بها أو كانت منه مقدمات الدخول اعتبر ذلك رجعة ، أما الشافعى فيرى أن الرجعة لا تكون إلا بالقول ، وذلك لأن حقوق الزوجية قد زالت بالطلاق ولو كان رجعياً ، ولا تعود إلا بالرجعة ، فإذا دخل بها قبل قوله راجعتك فقد ارتكب أمراً محرماً عليه ، والأمر المحرم لا يوجد حقاً ، ولا يعيد حقاً .

والرجعيه القولية يستحب الإشهاد عليها عند الأئمة الثلاثة ، وعند الشافعى فى مذهبه الجديد ، أما مذهبه القديم وهو رأى الشيعة وأحمد ، على قول فالإشهاد على الرجعة شرط كالإشهاد على عقد الزواج ، لأن عقد الزواج يشترط لإنشائه الشهادة ، فكذلك تشترط الشهادة فى إعادته ، لأنها

كالإنشاء ، ويشترط الظاهرية للرجعة إعلان الزوجة بها إذا حدثت فى غيبتها ولا يشترط الأئمة الأربعة ذلك قبل إعلامها له الرجوع فيها .

والمعمول به فى مصر مذهب الحنفية . لأنه لم يوجد ما يفسخه ، ومن المصلحة الأخذ بمذهب الظاهرية .

ويلاحظ أن للرجعة حقاً مقرراً للزوج فى الطلاق الرجعى ، فإذا قال بعد تمام صيغة الطلاق ، أى بعد وقوعه لا رجعة لى عليك ، أو أسقطت حق فى الرجعة لا تسقط ، لأنها تثبت بإثبات الشارع . وما ثبت بإثبات الشارع لا يملك الشخص إسقاطه بعد ثبوته .

٢٥٩ — والرجعة لا تصح إلا منجزة لأنها استدامة للملك ، وكل تصرف يفيد الامتلاك لا يقع إلا منجزاً ، وعلى ذلك إذا علق الرجعة على أمر سيقع فى المستقبل لا تثبت الرجعة بهذه الصيغة ، بل لابد من صيغة جديدة منجزة لتوجد ، أما إذا علقها على أمر ثابت فى الحال ، أو ثبت فى الماضى ، فإنه يكون تنجيزاً جاء فى صورة التعليق . فإن قال لها إن كنت قلت كذا ، أو إن كان منك كذا . وثبت أن ذلك واقع من قبل ، فإن الرجعة تثبت لأن التعليق صورى ، إذ المعلق عليه كان بائناً وقت حصول هذا القول .

وكذلك إذا أضاف الصيغة إلى المستقبل ، لا تثبت الرجعة ، لأنه عسى أن يجىء ذلك الزمن ، وقد انتهت العدة ، ولأن الرجعة تفيد استدامة الملك ، فلا تصح إلا بصيغة منجزة ، كسائر التصرفات التى تفيد الملك .

ولا يشترط لصحة الرجعة إعلام المرأة — خلافاً للظاهرية — فلو راجعها قولا وهى لا تعلم ، ثبتت الرجعة . والأولى إعلامها لكيلا تكون مشاحة من بعد فى وقوعها .

وإذا انتهت العدة لم يعد للمطلق سلطان ، وزال حق الرجعة ، وانقطعت حقوق الزوجية انقطاعاً تاماً ، فإن أراد أن يستأنف معها حياة زوجية جديدة فلابد من عقد ومهر جديدين ، ما دام الحل ثابتاً أى لم تكمل الطلقات الثلاث التى يملكها الرجل على زوجته .

وبيان متى تنتهى العدة موضعه الكلام فى العدة إن شاء الله تعالى :

٢٦٠ — الخلاف فى الرجعة : إذا كانت الرجعة موضع اختلاف بين الرجل والمرأة فإن كان الاختلاف فى أصل ثبوتها ، فهو اختلاف فى نوع الطلاق بأن كانت تدعى أنه لا يملك عليها الرجعة ، لأن الطلاق بائن ، وهو يقول أنه يملك لأن الطلاق الرجعى يملك بمقتضاه الرجعة ، فعلى المدعى إثبات دعواه ، فإن أقام أيهما بينة ثبت مدعاه ، وإن أقاما بينتين ، فبينتها أحق بالسماع لأنها تأتى بغير الظاهر ، وتثبت جديداً ، إذ الأصل فى الطلاق أنه رجعى ، والأصل بقاء الحياة الزوجية ، حتى يوجد ما ينفيها .

وإن كان الخلاف فى وجودها بأن ادعى أنه وقعت منه الرجعة ، وأنكرت وقوعها ، فإن كان ذلك والعدة قائمة ، فالقول قوله ، لأنه يملك الإنشاء فى الحال ومن يملك إنشاء تصرف فى الحال لا يكذب فى الإخبار عنه ، أما إذا كان ذلك الخلاف ، والعدة قد انتهت ، فعليه أن يثبت دعواه وقوع الرجعة منه بالبينة ، وإن لم يستطع إثبات دعواه ببينة فالقول قولها من غير يمين عند أبى حنيفة ، وقال الصاحبان لابد من اليمين .

وإن كان الاختلاف بينهما فى وجود العدة ، بأن جاء وراجعها ، فقالت : الرجعة باطلة ، لأن العدة قد انتهت ، وقال : الرجعة صحيحة لأن العدة لم تنته ، فإن كانت المدة التى مضت على الطلاق تحتمل انتهاء العدة فالقول قولها بيمينها ، لأنها مصدقة فى الإخبار عن نفسها ، والعدة لا تعلم إلا من جهتها وكانت اليمين لإنكاره ولتعلق حقه بها ، وإن كانت المدة التى مضت لا تكفى لانتهاء العدة ، بأن كانت أقل مما جعل مدة للعدة ، فإنها كاذبة فى قولها ، ولا يلتفت إليه ، وتكون الرجعة صحيحة ، لقيام القرينة الشرعية على كذبها .

وأقل مدة للعدة ستون يوماً عند أبى حنيفة ، وهو الراجح ، وتسعة وثلاثون عند الصاحبين ، وسنبين وجهة كل عند الكلام فى العدة إن شاء الله تعالى .

٢٦١ — حكم الطلاق البائن : ١ — هو يزيل الملك بمجرد صدوره فى كل أحواله ، فحقوق الزوج على زوجته تنقطع بمجرد وقوعه ، ولا حق

له إلا البقاء فى منزل الزوجية فى مدة العدة ، وحق النفقة فى العدة لها ، وليس له أن يراجعها وإن أراد أن يستأنفا حياة زوجية ، وكان الحل لم ينته فإنما يكون ذلك بعقد ومهر جديدين .

٢ — وهو يحل به مؤخر الصداق إن كان مؤجلا لأقرب الأجلين : الطلاق أو الوفاة ، لأن الانفصال قد تم به .

٣ — وهو إذا كان لم يكمل الثلاث يحتسب من الطلقات التى يملكها الرجل ، فينقص الحل ، وإن كان مكملا للثلاث يزيل الحل .

٤ — وهو يمنع التوارث ولو مات أحدهما فى العدة ، إلا إذا اعتبر فاراً من الميراث بأن كان مريضاً مرض الموت ، وطلقها فى مرضه من غير رضاها ، فإنها لا ترث إن مات وهى فى العدة على ما سنبين إن شاء الله تعالى .

٢٦٢ — أقسام الطلاق البائن : ينقسم الطلاق البائن إلى قسمين : بائن بينونة صغرى ، وبائن بينونة كبرى ، فالبائن بينونة صغرى هو الذى لا يكمل الطلقات الثلاث ، كالطلاق قبل الدخول ، أو بعد الدخول على مال .
والبائن بينونة كبرى هو الطلاق المكمل للثلاث .

والبائن بينونة صغرى يزيل الملك ، ولكن لا يزيل الحل ، فله أن يعقد عليها من جديد فى أى وقت ، فى العدة أو بعدها ، أما البائن بينونة كبرى ، فإنه يزيل الملك والحل ، فلا يعقد عليها إلا بعد أن تتزوج زوجا غيره ، ويدخل بها ثم يطلقها وتنتهى عدتها ، وذلك لقوله تعالى بعد الطلقتين « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » ، وقد بين الفقهاء شروط حلها للأول ، فقالوا

(أ) يشترط أن يتزوجها الزوج الآخر زواجاً ، صحيحاً (١) فإذا كان

---

(١) قد شاع بين الناس ما يسمى بالمحلل ، وهو أن يتزوج رجل امرأة يقصد بالزواج منها أن يحلها لمطلقها ثلاثاً ، ولذلك حالان ، إحداهما أن يخفيا هذه الحقيقة عند عقد العقد ولا ينطقا بها عند إنشاء الصيغة ، وهذا العقد قد قال فيه جمهور الفقهاء إنه صحيح ، لأن البواعث فى العقود غير معتبرة فى صحتها ، وبعض المالكية والحنابلة يقولون إنه باطل ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لعن المحلل له ، ولأنه نكاح مؤقت فى الحقيقة والنكاح المؤقت باطل وعلى ذلك لا تحل للأول عند هؤلاء ، وأما إن صرح عند إنشاء العقد بأنه يعقد عليها ليحلها للأول فهناك اختلاف =

عقد الثانى فاسداً ، وحصل فيه دخول حقيقى فإنه لا يحلها للأول ، لأن الآية صريحة فى اشتراط الزواج الصحيح ، لأن الله سبحانه وتعالى يقول « حتى تنكح زوجاً غيره » . والعقد الفاسد لا يسمى نكاحاً ، والرجل فيه لا يسمى زوجاً .

(ب) ويشترط أن يدخل بها دخولا حقيقياً بعد العقد الصحيح ، لأن النبى ﷺ قرر أن الحل لا يكون إلا بعد أن تذوق عسيلة زوجها الثانى ويذوق عسيلتها (١) ولأن ذلك التحريم لتذوق عشرة الآخر ، فتعرف حق زوجها السابق إن كانت هى الناشزة ، ولكى يراها فى عصمة غيره ، يعاشرها معاشرة الأزواج الدائمة فيثير ذلك فى نفسه بواعث الندم ، إن كان قد ظلمها بالطلاق ، فإن استأنفا عشرة جديدة من بعد ذلك راعى كل منهما حق صاحبه ، وعرف نعمة الله فى عشرته ، فيؤدم بينهما بالمودة ، ولا يكون ذلك إلا إذا دخل بها الثانى ، وتمت بينهما عشرة زوجية .

= الفقهاء عامة ، واختلف فقهاء المذهب الحنفى خاصة ، فقد قال أبو حنيفة وزفر تحل للأول ولكن ذلك يكون مكروهاً لها لأن شروط العقد الصحيح مستوفاة والشرط الأخير ملغى ، لأنه شرط فاسد فيصح العقد ويلغى الشرط ، وقال أبو يوسف النكاح فاسد ولا يحلها للأول لأنه نكاح مؤقت ، والنكاح المؤقت باطل والتوقيت ظاهر فى اشتراط ذلك الشرط وقال محمد رضى الله عنه النكاح الثانى صحيح ولا تحل للأول وذلك لأن شرط استحلالها بالعقد استعجال ما أخره الله تعالى لعودة الحل فيبطل الشرط ويبقى النكاح صحيحاً ، لكن لا يحصل الغرض إن طلب عقب الزواج مع الدخول كن قتل مورثه ليستعجل الميراث .

(١) جاء فى البدائع « هذا قول عامة العلماء » وقال سعيد بن المسيب تحل بنفس العقد ، واحتج بقوله تعالى : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » والنكاح العقد فيثبت به إحلالها للأول ، واحتج عامة العلماء بأن الحديث المشهور فسر المراد من الآية الكريمة بما يفيد أنه للعقد الصحيح مع الدخول فقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل وهو على المنبر عن رجل طلق امرأته ثلاثاً فتزوجها غيره . فأغلق الباب وأرخى الستر وكشف الخمار ثم فارقها ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : لا تحل للأول حتى تذوق عسيلة الآخر ، وقد جاء فى البدائع فى الاحتجاج لرأى الجمهور بالمعقول ، « أما المعقول فهو أن الحرمة الغليظة إنما تثبت عقوبة للزوج الأول بما أقدم على الطلاق الثلاث الذى هو مكروه شرعاً زجراً له ، ومنعاً له عن ذلك ، لكن إذا تفكر فى حرمتها عليه إلا بزوج آخر الأمر الذى تنفر منه الطباع السليمة انزجر . ومعلوم أن العقد بنفسه لا تنفر منه الطباع السليمة . ولا تكرهه فكان الدخول شرطاً فيه ، ليكون زجراً له ومنعاً من ارتكابه .

(ﺣ) ويشترط أن يكون الزواج بعد انتهاء عدة الثانى ، وهذا شرط فى كل زواج .

٢٦٣ — مسألة الهدم : إذا عادت المطلقة ثلاثاً إلى زوجها الأول تعود إليه بحل كامل ، أى أنه يملك عليها ثلاث طلقات جديدة ، لأن الزوج الثانى ألغى التحريم بنص الآية ، وهذا متفق عليه ، وإنما موضع الخلاف إذا طلقت المرأة طلقة أو اثنتين وتزوجت آخر زواجاً صحيحاً ، ودخل بها ثم طلقها ، ثم تزوجها فطلقها الأول أتعود إليه بحل كامل ، أم تعود إليه بما بقى من الحل الأول ؟ قال أبو حنيفة وأبو يوسف : تعود إليه بحل كامل ، أى أن الزواج الثانى هدم ما دون الثلاث كما هدم الثلاث ، وعند محمد وزفر تعود إليه بما بقى من الحل السابق ، أى بطلقة إن كانت قد بقيت منه واحدة ، واثنتين ، إن كان قد طلقها واحدة (١) وحجتهما أن الزواج الثانى إنما أعاد الحل كاملا بسبب الحرمة التى أثبتتها الطلقة الثالثة ، فهو مزيل لهذا التحريم بنص الآية الكريمة : « فإن طلقها ، فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » ولم يثبت التحريم بالطلقة الواحدة أو الثانية ، فلا حل يثبت به ، لأن إثبات الحل ، إنما يكون إذا ثبت التحريم ، ولم يثبت تحريم .

وحجة أبى حنيفة وأبى يوسف رضى الله عنهما :

(أ) أن الزواج الثانى هدم الطلقات الثلاث فأولى أن يهدم الطلقتين ، والطلقة الواحدة .

(ب) وأن الحل الأول قد زال بعدم إمكان العقد عليها فى مدة زواجها بالثانى ، وتأكد الزواج بدخوله بها ، والحل حال من الأحوال المستمرة التى تقبل القطع ، وقد قطع بالزواج الثانى وتأكد القطع بالدخول ، فإذا طلقها ، وانتهت عدتها لا يعود الحل القديم الذى زال ، لأن الزائل لا يعود ، بل ينشأ حل جديد كامل .

---

(١) هذه المسألة مختلف فيها بين الصحابة رضى الله سبحانه وتعالى عنهم . فروى عن على وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر مثل مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف ، وروى عن ابن كعب وعمران بن حصين مثل مذهب محمد وزفر .

والمعمول به فى المذهب الحنفى هو مذهب الشيخين ، ومن المتفق عليه أنها لا تعود بحل جديد ، بل بالحل الناقص إن تزوج البائنة ببينونة صغرى زوج آخر ولم يدخل بها .

طلاق المريض مرض الموت

٢٦٤ – هو المرض الذى يخشى فيه من الموت ، ويحدث منه الموت غالباً أو يتصل الموت به ، وقد اختلف فى أمارته ، فقيل إن أمارته أن يلازم المريض الفراش ، وقيل إن أمارته ألا يقدر على الصلاة قائماً ، وقيل إن أمارته ألا يستطيع المشى إلا بمعين ، وقيل إن أمارته ألا يخرج من الدار إن كان رجلا ، وألا تقوم بأعمالها فى البيت إن كانت امرأة ، وهكذا يختلفون فى أمارته ، ولكن المعنى الأصلى لا اختلاف فيه ، وعلى القاضى أن يقدر مقدار انطباقه على حال المريض الذى تعرض تصرفاته عليه (١) .

وقد ألحق بالمريض مرض الموت فى الحكم كل من يكون فى حال يخشى فيها الهلاك ويتوقعه ويموت موتا متصلا بما توقع فيه الموت ، كمن يحكم عليه بالإعدام ويعدم أو من يكون فى سفينة تلاطمت بها الأمواج ، وتوقع الغرق وغرق فعلا .

وطلاق المريض مرض الموت ومن فى حكمه يقع ، وإن كان رجعياً فله حكم الطلاق الرجعى كاملا ، وإذا مات فى العدة ورثته الزوجة ، لأن الطلاق الرجعى ، لا يمنع التوارث فى العدة ولو كان المطلق صحيحاً ، وإن كان بائناً فإن الحكم يختلف إذا اعتبر الزوج بطلاقه فاراً من الميراث بأن قامت أسباب الظن ، بأنه طلقها طلاقاً بائناً فى ذلك الوقت فراراً من الميراث ويتوفر ذلك الظن إذا طلقها طلاقاً بائناً ، وكان طائعاً بغير رضاها وكانت مستحقة للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة من ذلك المرض ، فإنه يعتبر فاراً بطلاقه البائن من الميراث ، فلو كان مكرهاً على الطلاق على فرض أن طلاق المكره يجوز كما هو مذهب الحنفية فإنه يعتبر فاراً ، وقد أبعد

---

(١) قد بينا حقيقة مرض الموت وتصرفاته فى كتابنا الملكية ونظرية العقد ص ٣٠٠

القانون ذلك الفرض . إذ أن طلاق المكره لا يقع ، وإن كان الطلاق بطلبها وثبت الطلب ، أو كان الطلاق على مال فإنه لا يعتبر فاراً . لأن طلبها أزال مظنة الفرار ، وإن كانت غير مستحقة للميراث وقت الطلاق ، وصارت مستحقة له وقت الوفاة لا يعتبر فاراً كأن كانت غير مسلمة وقت الطلاق ثم أسلمت بعد الطلاق ، فإنها لا تكون مستحقة للميراث . لأنه لا يثبت التوريث بين المسلم وغيره وإنما زالت فى هذه الصورة مظنة الفرار ، لأنها عند الطلاق لا يتصور ميراثها منه ، فلا يتصور فرار من أمر غير متوقع ، ولابد من صلاحية استحقاقها للميراث إلى وقت الوفاة . فلو كانت مسلمة ثم ارتدت عن الإسلام ، لا يعتبر الزوج فاراً ، لأنها بارتدادها أسقطت حقها فى الميراث ، وأزالت عقدة الزواج بسبب من جانبها فصارت كما لو ارتضت الفراق ، فلا تستحق ميراثاً ، ولأن ارتدادها أزال الزوجية التى هى سبب ميراثها .

وإذا توافرت الشروط لتحقق مظنة الفرار ، ومات المريض من مرضه وهى فى العدة ورثته ، وخالف فى ذلك الشافعى ، فقال إنها لا ترث كالمطلقة طلاقاً بائناً فى الصحة ، لأن الزوجية قد ارتفعت بالطلاق البائن قبل الموت وهى سبب التوارث بين الزوجين ، فإذا ارتفعت قبل الموت فقد زال سبب الميراث فلا يثبت ، ولا عبرة بمظنة الفرار ، لأن أحكام الشريعة لا تناط بالنيات الخفية ، بل تناط بالأسباب الظاهرة ، والسبب الظاهر للميراث قد زال بعمل من يملك إزالته ، فلا عبرة بنيته .

وحجة الحنفية : (أ) أن عثمان بن عفان رضى الله عنه ورث من طلقها عبد الرحمن بن عوف فى مرضه الذى مات فيه ، ولم ينكر أحد من الصحابة ، عمله وقد علموه فكان هذا فى معنى الإجماع .

(ب) وأن الزوجية وهى سبب الإرث قد أزالها بقصد إبطال حقها فى الميراث ، فيرد عليه قصده ما بقيت العدة ، لبقاء آثار الزوجية ، فجعلت آثار الزوجية قائمة مقامها ، ولو انتهت العدة تكون آثار الزوجية قد زالت ، فلا يكون ثمة سبب شرعى لوجوب الميراث .

٢٦٥ — وقد قال أحمد بن حنبل إن زوجة المطلق فى مرض موته الذى قصد بطلاقه الفرار من الميراث يكون لها حق الإرث ، ولا ينقطع حقها فى الإرث إلا إذا تزوجت قبل موته ، وذلك لبرد عليه قصده فترث ما لم يوجد مانع يقطع فرض قيام الزوجية بينهما وبين المورث قطعاً تاماً ، وذلك بأن تتزوج من غيره قبل موته ، وبعد انتهاء عدتها ، لأنها بتزوجها من غيره لا يمكن تصور قيام الزوجية إذ لا يتصور أن تكون زوجة من اثنين ، وعلى ذلك الرأى ابن أبى ليلى من فقهاء العراق .

وقال مالك إن حقها فى الإرث لا ينقطع ، ولو تزوجت قبل الموت لأن القصد الآثم مردود على صاحبه إذا قامت القرائن المثبتة له وقد قصد حرمانها من الميراث فيرد عليه قصده ، بثبوت حقها من غير زوال ، كما لم يطلقها .

ورأى أبى حنيفة وأصحابه هو الرأى الوسط الذى يتفق من كل الوجوه مع القياس الفقهى ، وقريب منه الرأى الحنبلى ، وقد اقترح فى مشروع سنة ١٩٥٦ العمل بمذهب ابن حنبل .

٢٦٦ — هذا ويلاحظ ما قلناه ، فى الخلوة الصحيحة من أن الطلاق بعدها لا يثبت ميراثاً ، ولو قصد به الفرار من الميراث ، لأن ثبوت العدة فيها للاحتياط ، وما يثبت للاحتياط لا يتعدى إلى إسقاط حق الغير الثابت أو نقصه وهو حق الورثة الثابت .

ولقد قال بعض الكتاب إنه بعد قانون سنة ١٩٢٩ لا يتصور طلاق بائن فى مرض الموت يعتبر به الزوج فاراً ، إلا الطلاق المكمل للثلاث ، لأن كل طلاق رجعى ما عدا المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال ، وما يملكه القاضى بائناً ، والطلاق قبل الدخول يثبت بلا عدة فلا يوجب ميراثاً ، ولو اعتبر فاراً ، والطلاق على مال ، وما يكون بحكم

القاضى كأن يكون بطلبها أو رضاها فلا يتحقق فيه الفرار (١) .

ولكن هناك فرق أخرى اعتبرت طلاقاً بائناً أو فى حكمه كاللعان ، والردة ولم يلغ القانون اعتبارها كذلك ، فإذا حدثت من الزوج فى مرض الموت ، اعتبر فاراً من الميراث ، فاللعان ، والارتداد ، ونحو ذلك فى مرض الموت ، يوجب ميراثها ، وكذلك خيار الإقامة إن كان فى مرض الموت ، مع أنه يعتبر كنقض للعقد من أصله .

٢٦٧ — وإذا جاءت الفرقة من جانب المرأة فى مرض الموت ، وكانت طائعة مختارة ، ولم يكن ما كان منها برضا زوجها ، كأن ارتدت أو اختارت نفسها بخيار البلوغ أو الإفاقة ، أو كان منها مختارة بأحد أصوله أو فروعه ما أوجب حرمة المصاهرة ، فإنها أيضاً تعتبر فارة ، ويستحق زوجها الميراث

---

(١) — (ا) من الصور التى يعتبر بها فاراً فى المذهب الحنفى دون القانون فى نظرنا إذا حلف ألا يقربها ، وهو مريض مرض الموت ، ولم يقربها حتى مضت أربعة أشهر ، ومات يعتبر فاراً ؛ ولكن إذا حلف وهو صحيح ثم مرض ، ومضت أربعة أشهر ثم مات من مرضه ، فإنها لا ترث ، لأن السبب حديث وهو صحيح .

(ب) ومن الصور التى يذكرها الحنفية أيضاً التعليق ، إذا علق الطلاق فى مرض الموت على فعل أجنبى أو على زمن ، ووقع المعلق عليه فى المرض ورثت لثبوت قصد الفرار وإن كان التعليق على ذلك وهو صحيح ، ثم كان المعلق عليه وهو مريض لا ترث إذ قصد الفرار لم يتحقق ، وإذا علق الطلاق بفعل نفسه ، ووقع منه المعلق عليه فى مرض موته ، سواء أكان التعليق فى الصحة أم فى المرض فلها الميراث ، لأن التعليق منه والفعل منه فقصد الفرار ، ولو كان الفعل ليس له منه بد إذا كان التعلق فى المرض ، وإن علقه بفعل الزوجة ، فإن كان التعليق والشرط فى مرض الموت والفعل لها منه بد فلا لا ترث لأنها راضية بالطلاق وإن لم يكن لها منه بد كأن قال إن أكلت أو شربت ترث لأنها غير مختارة فى اشتراكها فى إيقاع الطلاق ، وإن كان التعليق فى الصحة ، ووقع الشرط منها فى المرض لا ترث مطلقاً عند محمد وزفر ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : إن كان الفعل لها مما لا بد منه ترث . وإلا فإنها لا ترث ، لأن الزوج اضطرها إلى ذلك ، ولو كان التعليق منه وهو صحيح .

(ج) ومما يتصل بهذا وهو عكس الفرار ما إذا قال لزوجته فى مرضه : كنت طلقتك ثلاثاً فصدقته ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية ، تجوز الوصية ويصح الإقرار عند الصاحبين ولا تنفذ الوصية ولا الإقرار بإجازة الورثة عند أبى حنيفة ، لأنهما متهمان بالتواطؤ على حق الورثة ، وحجة الصاحبين أن الزوجية انتهت بالطلاق الذى ارتضته ، ولم يكن الطلاق فى المرض .

إن ماتت وهى فى العدة لأنها قصدت الحرمان من الميراث بفعلها فيرد عليها قصدها .

٢٦٨ – ومن المقرر فى مذهب الحنفية أنه إن طلقها طلاقا بائنا فى مرض الموت بطلبها ، ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية ، فلها الأقل من الدين ، والوصية ، والميراث ، وثلث التركة إذا مات وهى فى العدة ، لأن تهمة المحاباة ثابتة ، إذ أن ذلك الإقرار والوصية بعد الطلاق الذى وقع برضاها يكون المقصود منهما المحاباة بإعطائها أكثر من نصيبها فى الميراث .

وهذا مبنى على رأى الحنفية مع كل فقهاء المذاهب الأربعة من أن الوصية لوارث لا تجوز ، أما على مقتضى قانون الوصية المقتبس بعضه من مذاهب الشيعة ، فالوصية لوارث تجوز ، وعلى ذلك تكون كل محاباة أو ما يكون فيه شبهة المحاباة جائزاً نافذاً ما دام يخرج من الثلث ، ومما فيه شبهة المحاباة الإقرار بدين الوارث فى مرض الموت ، فيكون صحيحاً ما دام لا يزيد على الثلث .

التفويض

٢٦٩ – إن الزوج كما يملك التطليق بنفسه يملك أن ينيب عنه غيره فيه ، فله أن يوكل غيره فى تطليق امرأته ، ويكون الوكيل سفيراً ومعبراً ، وكذلك له أن يفوض أمر الطلاق إلى غيره ، ويكون التفويض بتعليق أمر الطلاق على مشيئة الأجنبى ، كأن يقول : طلق امرأتى إن شئت ، لأنه إذا علق الطلاق على مشيئته فقد فوض إليه مره ، فإن شاء طلق وإن شاء لم يفعل ، فلم يكن الأمر توكيلا خالصاً ، بل تمليكاً لأمر الطلاق إن شاءه .

وكما أن له أن ينيب شخصاً فى أمر الطلاق بالتوكيل أو بالتفويض ، فله أن ينيب زوجته فيه ، ولا تكون إنابة الزوجة فى الطلاق إلا تفويضاً ، لأنه إذا أنابها ، ولو بصيغة التوكيل ، فقد جعل طلاقها تبعاً لمشيئتها ، فإن شاءت طلقت نفسها ، وإن شاءت لم تفعل رفضت تلك الإنابة ، فكانت إنابة الزوجة تفويضاً دائماً ، فإذا قال رجل لامرأته : طلقى نفسك كان ذلك تفويضاً ، وكذلك إذا قال لها : اختارى نفسك وأراد تطليقها نفسها ،

لأنه يكون فى معنى طلقى نفسك ، ومثلها إذا قال لها أمرك بيدك ، وأراد بها الطلاق ، إذ يكون فى معناهما .

وهنا نجد فرقاً بين التوكيل والتفويض ، فالوكيل يعمل بإرادة الموكل ، أما المفوض إليه فيعمل بإرادة نفسه ، ويفترقان عن الرسالة ، بأن الرسول ينطق بلسان من أرسله ، فهو أقل حالا من الوكيل ، إذ الوكيل وإن كان يعمل بإرادة من وكله فهو يوقع التصرف بعبارته ، وأما الرسول فالعبارة والإرادة للمرسل .

فالتفويض على هذا تمليك الزوج غيره حق تطليق امرأته ، وتفويض المرأة هو تمليكها حق تطليق نفسها ، ويفترق التفويض عن التوكيل فى الحكم :

(أ) بأن الزوج له أن يعزل الوكيل فى أى وقت شاء ، فإذا عزله فليس له أن يطلق ، أما التفويض فإن الزوج لا يملك عزل من فوضه ، بل إنه يلزمه والعلة فى ذلك أن التفويض تعليق الطلاق على المشيئة ممن فوض إليه ، فهو طلاق معلق ، ومن علق الطلاق على أمر لا يملك أن يرجع فى كلامه ويلغى تعليقه ، وإذا كان التفويض إلى الزوجة . وهذا أكثر أحواله ، فإنه يكون قد علق الطلاق على مشيئتها ، فلا يملك الرجوع فى تعليقه ، لأن الحنفية المعمول بمذهبهم فى هذا يجعلون التعليق كاليمين دائماً ، لا يجوز الرجوع فيه وإلغاؤه .

وليس معنى كون التفويض تمليكاً أن ملكية الزوج للطلاق قد انتقلت إلى من فوضه ولم يعد هو مالكا ، بل إنه إشراك له فيما يملكه من تصرف ، ولم يسلب حقه الأصيل فيه .

(ب) ويفرق بين التوكيل والتفويض أيضاً بأن الوكيل لا يتقيد بوقت إن كان مطلقاً ، أما التفويض فإنه يتقيد بمجلسه إذا كان مطلقاً ، إلا إذا كانت صيغة التفويض تعم الأوقات كلها ، كأن يقول لها : طلقى نفسك فى أى وقت شئت ، أو متى شئت فإنها فى هذه الحال لا تتقيد بمجلس التفويض .

٢٧٠ — والوضع الفقهى للتفويض أنه تعليق من جانب الرجل كما ذكرنا ، لذلك لا يملك الرجوع فيه إن صدر عنه ، وإن كان التفويض مطلقاً

عن الوقت تقيد بالمجلس كما ذكرنا ، فإن كانت حاضرة تقيد بمجلس التفويض ، وألا يصدر عنها ما يدل على الرفض والإعراض ، فإذا فوض إليها ، فشغلت نفسها بأمر يعد إعراضاً ، فإن التفويض يبطل ، وإن كانت غائبة فإنها تتقيد بمجلس علمها ، ويبطل برفضها فى المجلس ، أو إعراضها وانصرافها عن المجلس من غير رفض أو قبول .

وإذا كان التفويض مقيداً بزمن فإنه يستمر إلى أن ينتهى هذا الزمن ، فإذا فوضها مدة شهر ، فلها حق تطليقها نفسها فى مدى هذا الشهر ، وإن انقضى ولم تطلق نفسها فيه فإن التفويض يبطل .

وإذا كان التفويض بصيغة تعم الأوقات ، ولا تقيدها بالمجلس ، ولا بزمن معين ، فإنه يكون لها تطليق نفسها فى أى وقت شاءت من غير قيد زمنى يقيدها ، وإن طلقت نفسها مرة انتهى التفويض ، إلا إذا كان قد شرط لها التكرار ، بأن قال لها طلقى نفسك متى شئت ، وكلما شئت ، فإن التعبير بكلما يفيد التكرار ، فلها أن تطلق نفسها مرة ومرتين وثلاث مرات .

وعلى مقتضى المعمول به ليس لها أن تطلق نفسها ثلاثاً فى جملة واحدة مقترنة بالعدد لفظاً أو إشارة ، لأن ذلك لا يملكه الرجل بمقتضى القانون ، فلا يملكه النائب عنه ، والمرأة فى التفويض نائبة عن الزوج فى تطليق نفسها ، لأنها إنما ملكت تطليق نفسها بتمليكه ، ولا يسوغ له أن يملك مالا يملك بحكم القانون .

والأصل فى هذا كله كما قلنا أن التفويض تعلق الطلاق على مشيئتها ، فإن كان مقيداً بزمن كان تعليقاً بزمن ، وإن كان عاماً لكل الأزمنة كان كذلك ، وإن كان مطلقاً انصرف إلى وقت المجلس . لدلالة قرينة الحال ، ولأنه ليس من المصلحة أن يجعل أمر الزواج معلقاً على مشيئتها من غير عبارة صريحة تدل على إرادة ذلك ، ولأنه يشبه التمليك ، وعقود التمليكات تتقيد بالمجلس ، فتتقيد به .

وإن الطلاق المعلق مقيد بما قيد به الطلاق المنجز ، وهو ألا يكون بثلاث فى جملة واحدة ، أو وقت واحد .

٢٧١ - وألفاظ تفويض الرجل لامرأته كثيرة . وجماعها كل لفظ يدل على معنى التفويض . ولكن الفقهاء ذكروا ثلاثة ألفاظ هى : طلقى نفسك، واختارى نفسك ، وأمرك بيدك ، والأول منها من الألفاظ الصريحة فى الطلاق فلا تحتاج إلى نية ، واللفظان الأخيران من كنايات الطلاق فلا بد لتمام التفويض بهما من النية ، كما هو مقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، فإن اختلفا فى وجود النية فلا بد من إثباتها ، والقول قول الزوج بيمينه عند إنكارها إن لم تكن بينة .

ويلاحظ أن المرأة إذا طلقت نفسها بالتفويض يكون الطلاق رجعياً إلا إذا كان قبل الدخول أو كان مكملا للثلاث ، أو كان على مال ، لأن الزوج لا يملك إلا الطلاق الرجعى ، فما تملكه منه يكون رجعياً أيضا ، ولو كانت صيغة التفويض تحتمل إرادة للبائن ، لأن البائن لا يقع بارادته ، بل بحكم الشارع .

٢٧٢ - والتفويض يصح قبل الزواج ، ويصح عند إنشائه ، ويصح بعده عند الحنفية ، وذلك لأنه تعليق ، وتعليق الطلاق قبل الزواج جائز ، إذ كان التعليق على الزواج أو على الزواج وشرط آخر معه ، وخالفوا بذلك أكثر الأئمة .

وعلى ذلك إذا قال لامرأة قبل أن يتزوجها : إن تزوجتك فأمرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت ، فإنه إن تزوجها ثبت التفويض غير المقيد بالزمن لها . ويكون لها أن تطلق نفسها متى شاءت .

وإذا كان التفويض عند إنشاء الزواج ، فإن كان بصيغة تتضمن تعليق التفويض على وجود الزواج ، ثم تم الزواج ، فإنه يتم معه التفويض ، إذ أنه فى الأمر تعليقان : أحدهما تعليق التفويض على الزواج ، والثانى تعليق الطلاق على مشيئة المرأة ، وتعليق الطلاق على شرطين جائز نافذ عند الحنفية .

فإذا قال عند إنشاء الزواج تزوجتك ، وإن تم الزواج فأمرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت ، فقالت : قبلت الزواج ، فإن الزواج يتم ، ويكون لها حق تطليق نفسها متى شاءت .

وإذا كان التفويض عند إنشاء الزواج بصيغة لا تتضمن تعليقه على تمام الزواج ، فإنه إذا كان المبتدىء بالإيجاب الزوجة أو وكيلها ، بأن قالت : زوجتك نفسي على أن يكون أمرى بيدى أطلق نفسى متى شئت ، فإنه إذا قبل يتم الزواج ويكون لها حق تطليق نفسها متى شاءت ، وذلك لأن سبقها بالإيجاب مع هذا الشرط ، ثم تعقيبه بالقبول ، وهو يتضمن قبول الزواج ، ثم قبول الشرط — يكون التفويض قد تم بعد إنشاء الزواج ، والتفويض بعد الزواج جائز فى أى وقت ، من غير تقييد بتعلق معين .

أما إذا كان السابق بالإيجاب هو الزوج ، فقال مثلا تزوجتك على أن يكون أمرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت ، فإن تم العقد فقبلت يتم الزواج ولا يكون تفويض لأن التفويض وقع قبل الزواج ولم يعلق عليه ، فوقع التفويض قبل أن يملك الطلاق ، ومن المقرر أن من يملك شخصاً شيئاً لابد أن يملكه ، وهو لا يملكه قبل الزواج ، ولم يعلق التفويض على تمام الزواج فلا يثبت . ولكن الصيغة صحيحة من إنشاء الزواج ، فينشأ بها ، ويكون اشتراط التفويض لغواً لا يلتفت إليه .

ونرى من الصيغ التى ذكرناها أن التفويض عند إنشاء الزواج إذا كان قد أقترن بكلمة متى شئت ، يشمل كل الأزمان ، ولا يقيد بزمن معين ، فإذا كان التفويض عند الإنشاء مطلقاً ، كأن قالت : تزوجتك على أن أمرى بيدى ، أطلق نفسى إن شئت فمقتضى النصوص الفقهية أن التفويض يتقيد بمجلس إنشاء العقد ، أى أنها إن لم تطلق نفسها فى مجلس العقد بطل التفويض ، لأنه إن أطلق قيد المجلس كما ذكرنا ، ولكن استحسنت بعض المحاكم أن يعم التفويض كل الأوقات ، ويكون الأمر كما لو قالت متى شئت ، لأن ذلك هو مرادها ، وقرينة الحال تؤيده ، إذ المعقول أنها ما تزوجت لتطلق نفسها فى الحال بل لتملك ذلك الحق فى المآل ، والألفاظ تفسر بأغراضها ومراميها ، وإنى أميل إلى ذلك الاستحسان ، وإنه فقه مستقيم .

والتفويض جائز فى كل الأوقات إذا كان العقد قائماً أو قبله وعلق عليه كما ذكرنا .

٢٧٣ — والأصل فى التفويض أن نساء النبى ﷺ طالبنه بسعة النفقة

مما لا يقدر عليه فغضب وحرمهن على نفسه شهراً فأنزل الله سبحانه وتعالى عليه قوله سبحانه . « يأيها النبى قل لأزواجك إن كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة ، فإن الله أعد للمحسنات منكن أجراً عظيما » فخيرهن النبى ﷺ فاخترن الله ورسوله والدار الآخرة .

ومن هذا أخذ جمهور الفقهاء تفويض أمر الطلاق إلى الزوجة فى أثناء قيام الزوجية ، لأن ما قام به النبى ﷺ بأمر ربه — فى معنى هذا ، إذ أنه جعل أمر قيام الزوجية إليهن ، فإن شئن أبقينها ، وإن شئن قطعنها .

وقال الظاهرية : إن التفويض لا يجوز ، لأنه تمليك الطلاق للمرأة ، وهو بيد الرجل بحكم الشرع ، ولا يغير أحد حكم الشرع ، ولقد استنكر عمر بن الخطاب فعل من جعل أمر الطلاق بيد امرأته ، فقال : يعمدون إلى ما جعل الله فى أيديهم ، فيجعلونه فى أيدى النساء ، لفيها التراب ، وما كان للنبى ﷺ ، فهو خاص به وهو ليس فى معنى التفويض ، لأنه لم يجعل الطلاق بأيديهن ، بل إن من تختار الفراق يطلقها ولا تطلق نفسها .

ولكن المأثور عن الصحابة عامة إجازة التفويض ، ومن الفقهاء من جعل اختيارها نفسها تطليقة واحدة رجعية ، ومنهم من جعلها بائنة ، ومنهم من أجاز لها الاثنتين والثلاث ، إن لم يكن فى لفظ التفويض ما يمنع ، والمعمول به كما رأيت أن يكون واحدة رجعية ، وعلى ذلك إذا راجعها بعد تطليق نفسها ينتهى التفويض إذا لم يشترط لها التكرار ، ولو كان التفويض بقوله متى شاءت لأنها بهذه ليست إلا واحدة ، وقد فهم بعض القضاة أنه إذا كانت الصيغة لعموم الأوقات يكون لها التكرار ، لأن الحال تفيد ذلك وليس هذا الفهم سليما ، لأن العبرة بما يدل عليه اللفظ ، ولأنه يعمل بالقرائن التى تتنافى مع اللفظ ، ولأن العبرة بمقصده ، لأنه مصدر القول ، ولأن منطق القوانين الخاصة بالطلاق تجعل المرجح نيته كالشأن فى كنايات الطلاق ولأن هذا حق استثنائى لا يتوسع فيه .

وقد اتفق الحنفية والمالكية على أن التفويض يتقيد بالمجلس ، إن لم يكن ما يدل على العموم فى كل الأوقات ، أو ما يدل على أن التفويض يمتد إلى

ما وراء المجلس . وعلى أن الزوج ليس له أن يرجع فى التفويض ، لأنه فى معنى التعليق كما ذكرنا .

أما الشافعى . فقد قرر أن التفويض ككل العقود لا يتم إلا بالإيجاب والقبول ، وللزوج أن يرجع فى إيجابه قبل قبول الطرف الآخر ، لأنه لم يعتبر إيجابه تعليقاً . وتتقيد هى بالمجلس أيضاً ، لأنه إذا تفرق المجلس بطل الايجاب ، وإذا جعل لها الاختيار فيما وراء المجلس ، فنى مذهب الشافعى رأيان ، قيل تتقيد بالمجلس وقيل لا تتقيد .

الخلــع

٢٧٤ — الخلع يجىء على ألسنة فقهاء الشريعة ، فيراد به أحياناً معنى عام ، وهو الطلاق على مال تفتدى به الزوجة نفسها ، وتقدمه لزوجها ، سواء أكان بلفظ الخلع أو المبارأة ، أو كان بلفظ الطلاق ، وهذا هو الشائع عند الكثيرين الآن ، وأحياناً يطلق ويراد به معنى خاص ، وهو الطلاق على مال بلفظ الخلع ، أو ما فى معناه كالمبارأة ، وهذا كان شائعاً على ألسنة المتقدمين من الفقهاء ، فكان الطلاق على مال بلفظ الطلاق قسيم الخلع ، ولم يكن هذا شاملا له داخلا فى عمومه .

والأحكام المنصوص عليها بعضها يعم ، والآخر يخص الطلاق على مال بلفظ الخلع أو المبارأة ، ونحن نختار إرادة المعنى العام .

وهذا النوع من الطلاق شرطه هو شرط الطلاق عامة ، وإنما ميزه عن غيره أنه طلاق فى نظير مال تقدمه الزوجة لزوجها ، والأصل فيه قوله تعالى « ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » فهذه الآية الكريمة أباحت للمرأة أن تقدم مالا تفتدى به نفسها ، وأباحت للرجل قبوله فى نظير الطلاق ، عندما يخافان ألا يقوما بحق الزوجية ، وألا تكون بينهما عشرة زوجية يرتضيها الدين الإسلامى .

٢٥٧ — الوضع الفقهى للخلع : والوضع الفقهى للخلع أنه عقد ينعقد

بإيجاب وقبول ، ولكن الاعتبار فيه يختلف بالنسبة للرجل والمرأة ، فهو من جانب الرجل يعتبر تعليقاً للطلاق على قبول المال ، ومن جانب المرأة يعتبر معاوضة لها شبه بالتبرعات ، لهذا الاعتبار المختلف — اختلفت أحكامه فى الرجل عن المرأة . فيأخذ من الرجل أحكام التعليق . ومن المرأة أحكام المعاوضة التى لها شبه بالتبرى ، ويتفرع على ذلك الأحكام الآتية :

(أ) إذا كان الزوج هو الذى صدر عنه الإيجاب ، فلا يجوز له الرجوع فيه قبل قبولها ، لأن التعليق لا يجوز الرجوع فيه . فإذا قال لها خلعتك على مائة فسكتت ولم تقم من مجلسها ، واستمرت مترددة بين القبول والرد ، فليس له فى تلك الفترة أن يرجع ، وإذا قام هو من المجلس لا يبطل الإيجاب ؛ لأنه إذا كان لا يبطل برجوعه الصريح ، فأولى ألا يبطل بقيامه من المجلس ، ولكن يبطل بقيامها هى من غير رد أو قبول ، لأن المعاوضات والعقود المالية عامة تبطل إذا تفرقت المجالس بعد الإيجاب وقبل القبول . وإن كان إيجابه وهى غائبة ، فإنها تتقيد بمجلس علمها ، فإن قامت من مجلس علمها قبل القبول بطل الإيجاب ، ولم يعد لها الحق فى القبول ، لأن ذلك حكم العقود المالية .

وإذا كانت هى الموجبة ، بأن قالت مثلا : لك مائة جنيه إن طلقتنى ، فإن لها أن ترجع فى إيجابها هذا قبل قبوله وإذا قامت من مجلسها أو قام هو ، بطل الإيجاب ، وذلك لأن عقود التمليكات لا يتم الالتزام فيها إلا بقبول الطرف الآخر ، فلا يلزم الموجب بإيجابه فيها قبل قبول الآخر ، وتفرق المجلس فيها يبطل الإيجاب ، لأنه دليل على الإعراض أو الرجوع فى القبول ، فيبطل الإيجاب بقيامها أو قيامه ، إذ قيامه إعراض ، وقيامها رجوع عن الإيجاب .

(ب) يجوز للزوج أن يعلق إيجابه على أمر من الأمور فيقول لها مثلا : خالعتك على مائة إن قبل أبوك ، لأن التعليق يجوز على أمر آخر ، ولكن لا يجوز لها أن تعلق إيجابها على أمر من الأمور ، لأن عقود التمليكات لا يجوز تعليقها بل لا تكون إلا بصيغة منجزة ، والخلع تمليك مال بالنسبة لها ، فيأخذ كل أحكام التمليك .

(ج) ولا يجوز للرجل أن يشترط الخيار لنفسه فى الخلع ، لأنه تعليق . وخيار الشرط ، أى حق الفسخ إنما يدخل فى العقود لا فى الإسقاطات ، ويثبت لها خيار الشرط إذا كان الثلاثة أيام ، أى لها حق الفسخ فى هذه المدة عند أبى حنيفة ، فإن قال لها خالعتك على مائة فقالت قبلت على أنى بالخيار ثلاثة أيام ، فقد قال أبو حنيفة أن خيار الشرط يلزم ويكون لها الخيار ثلاثاً ، وقال الصاحبان ، يصح الخلع ويتم ، ويبطل شرط الخيار ، لأن الخلع حقيقة معناه تعليق الطلاق على قبول المال وبقبولها المال قد وقع المعلق عليه ، فيقع الطلاق ، ويلغى الشرط ، إذ لا موضع له بعد قبولها ، وحجة أبى حنيفة رضى الله عنه أن خيار الشرط يدخل المعاوضات المالية ، والتصرف من جانبها معاوضات مالية ، فلها أن تشترطه ، ولأن الطلاق إنما علق على قبولها المال ملتزمة بأدائه ، ولا يكون ذلك مع اشتراط الخيار ، إلا إذا مضت المدة أو أبطلت الخيار .

(د) ولاعتبار العقد بالنسبة لها معاوضة فى معنى التبرع اشترط فى الخلع بالنسبة لها أن تكون مع صلاحيتها لإيقاع الطلاق عليها — أهلا للتبرع ، لابد لثبوت بدل الخلع عليها من أن تكون بالغة عاقلة رشيدة ، لأن من لا تستوفى هذه الشروط ليست أهلا للتبرع .

وإنما اعتبر من جانبها معاوضة فى معنى التبرع ، لأن بدل الخلع ، لا يوجد مال فى نظيره ، وإنما هو افتداء نفسها بهذا المال ، فلا يمكن اعتباره معاوضة خالصة لأن المعاوضة الخالصة تكون فى نظير مال أو ما فى معناه .

٢٧٦ — والأحكام السابقة تعم إنشاء الخلع ، والطلاق على مال ، فإنشاؤهما واحد ، ولكن الطلاق على مال لابد فيه من ذكر البدل دائماً . أما الخلع بلفظ الخلع ، فإن كان بلفظ خلعتك ، فلابد فيه من ذكر المال لكى يكون خلعاً شرعياً يحتاج إلى قبولها ، ويأخذ حكم الخلع ، أما إن لم يذكر المال ، فإنه يكون طلاقاً بلفظ من ألفاظ الكناية يقع به الطلاق من غير حاجة إلى القبول ، ومن غير لزوم مال عليها ، ويكون طلاقاً بائناً على حسب مذهب أبى حنيفة وطلاقاً رجعياً على حسب المعمول به ، ولابد فيه من النية . لأنه ليس طلاقاً على مال ، إلا إذا كان مكملا لثلاث ، أو كان قبل الدخول ، وإن كان بلفظ

خالعتك . أو اخلعى نفسك أو اختلعى . فإنه لا بد من قبولها . ولا يقع الطلاق من غير القبول . ويكون بذل الخلع هو الصحيح على رأى أبى حنيفة رضى الله عنه وهو الصحيح فى المذهب (١) .

٢٧٧ - بدل الخلع : الخلع يكون عند الشقاق بين الزوجين ، وعدم إقامة حدود الله سبحانه وتعالى إذا تراضيا عليه (٢) ويكون للرجل كل ما تقدمه المرأة قليلا كان أو كثيراً لتفتدى نفسها به ، ولكن يكره له أخذ أى شىء ، إن كانت النفرة من جانبه ، أو كان هو سبب النشوز . وإن كان النشوز من جانبها وهى عنه نافرة يكره له أخذ أكثر مما أعطى ، وذلك فى الديانة لا فى القضاء .

وذلك لأن الله سبحانه وتعالى قال عند استبدال زوجة بأخرى « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً ، وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض ، وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً » فدلت هذه الآية على أن الرجل إذا أراد أن يتزوج أخرى ، ويترك من فى عصمته لا يأخذ منها شيئاً ، وقال تعالى : « فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » فدلت هذه

---

(١) راجع فتح القدير الجزء الثالث ص ٢٢٢ ، ٢٢٣ .

(٢) اختلف العلماء اختلافاً كبيراً فى جواز الخلع وطريقته . فالحنفية أجازوه بلا قيد ولا شرط . وجعلوه طلاقاً بائناً . وذلك هو رأى الجمهور . ومذهب الشافعى الجديد وقال أحمد ابن حنبل وهو رأى الشافعى فى القديم إن الخلع فسخ لا ينقص عدد الطلقات والظاهرية قالوا إن الخلع لا يكون إلا إذا كان النشوز من جانبها . لأنه إذا كان من جانبه فإن ذلك يكون واقعاً تحت النهى فى قوله تعالى « ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا » ويحرم عليه أن يأخذ أكثر مما أعطى إذا كان النشوز من قبلها . ويحرم أخذ أى شىء إذا كان من قبله . وروى عن سعيد ابن المسيب أن الخلع طلاق رجعى . وعليه أن يرد البدل إن راجعها . وقال بعضهم : إن الخلع لا يتم إلا بإذن السلطان ، وهو رأى ابن سيرين . وسعيد بن جبير . والحسن البصرى . وكلهم من التابعين . وقال بعضهم إن الخلع منسوخ .

ولعل أظهر الآراء هو رأى الظاهرية إذ يجعل الخلع فى حال ما إذا كرهت المرأة الرجل . كما أن الطلاق يكون إذا كره الرجل المرأة ، فهو شرع حقاً للمرأة فى مقابل حق الرجل فى الطلاق . ولو سوغ له أخذ بدل فى حال كرهه هو ومضارتها لكان ذلك إكراهاً لها على إعطاء المال . فيكون أكلا لمال الناس بالباطل والله سبحانه وتعالى أعلم .

الآية على جواز افتدائها نفسها بمالها مما قدم أو غيره والعمل بالآيتين الكريمتين يكون بجعل الآية الأولى فى حال ما إذا كان هو نافرا غير راغب فى الحياة الزوجية من تلقاء نفسه ، كما تدل عليه إرادة الاستبدال . والآية الثانية تكون فى حالة النفرة والنشوز من جانبها ، فإنه يجوز لها أن تقدم ما تفتدى نفسها به ، وكل ما تقدمه افتداء .

وكان مقتضى السياق أنه لا يحل له شيء لا ديانة ولا قضاء إذا كان النشوز من جانبه ، ولكن للتراضى ، ولعدم معرفة الحقيقة ، ولأن القضاء لا ينفذ الأحكام إلا فيما ظهر ، ويترك لله ما بطن — قالوا إنه فى القضاء ينفذ كل ما اتفق عليه ، ولو كان النشوز من قبله ، بل لو كان أكثر مما أعطى ، وحيثما ثبت البدل فالطلاق بائن لما قدمنا عند الكلام فى الطلاق الرجعى والبائن ، لأن افتداء النفس لا يتم إذا كان له عليها الرجعة .

ولقد قال الظاهرية أن الخلع لا يكون إلا حيث يكون النشوز من قبلها ، وبعض الحنابلة قال إنه إن كان النشوز من قبله وقع الطلاق ولا يثبت البدل وهو رأى فى مذهب مالك أيضاً ، ولكن الجمهور على ما قررناه أولا .

٢٧٨ — وكل ما يصلح مهراً يصلح بدل خلع ولا عكس ، فليس كل ما يصلح بدل خلع يصلح مهراً ، فيصح أن يكون بدل الخلع مالا معيناً أو مثلياً موصوفاً ، عشرة دراهم ، أو أكثر أو أقل . ويصح أن يكون منفعة تقابل بالمال أولا ، كسكنى دارها زمناً معلوماً ، أو غلات دارها آماداً معلومة أو ترضع ولدها من غير أجرة ، أو تحتضنه كذلك ، ومثل ذلك إذا خالعها على أن تنفق على ولدها الصغير مدة معلومة ، وإذا امتنعت بعد تمام الخلع عما التزمت به بالنسبة لولدها أو عجزت عنه ، أو صارت غير صالحة له فإنه يتبعها فى عوض ما التزمت ، فإن امتنعت عن الإنفاق أو عجزت قام بالإنفاق ، وكان ديناً عليها يتبعها إذا أيسرت ، وإن امتنعت عن الإرضاع أو الحضانة أو صارت غير أهل لها دفع الأجر لغيرها ورجع عليها بالعوض أو كان ديناً عليها .

ويصح أن يكون بدل الخلع مجهولا جهالة غير فاحشة ، فإذا كان المسمى بدل خلع مالا مثلياً لم يعرف وصفه وجب الوسط ، فلو جعلت

مقداراً من القطن بدل خلع بينت نوعه ، ولم تبين رتبته ، وجب الوسط ، ويصح أن تبرئه من نفقة العدة ولو أنها غير معلومة ، لأنها تسقط حقها فى المطالبة بها ، وذلك أمر ثابت لها ، وإن كان المقدار نفسه غير معلوم .

ولا يصح بدل الخلع فى حالين : (الحال الأول) إذا كان المسمى مالا غير متقوم ، كأن تسمى النصرانية لزوجها المسلم خمراً أو خنزيراً فان البدل لا يصح ، فإن خالعها على ذلك وقع الطلاق ، ولم يثبت البدل ، إذ ليس للمسلم أن يطالب بتسليم الخمر أو الخنزير .

(الحال الثانية) إذا كان بدل الخلع يشمل اعتداء على حق الطفل ولذلك قالوا إنه إذا كان بدل الخلع أن يبقى الطفل تحت يدها إلى أن يبلغ ولو تجاوز سن الحضانة لا يثبت إذا كان الطفل ذكراً لأن الذكر بعد بلوغ سن الحضانة يحتاج إلى من يعوده عادات الرجال ، فيكون من حقه أن ينزع من أيدى النساء ، فاشتراط بقائه تحت يدها يخل بمصلحته ، أما الفتاة فمثل ذلك الشرط لا يضرها ، لأنها تحتاج مع صيانتها إلى من يعلمها ما يخص بالنساء ، وأمها قادرة على ذلك فى الغالب .

وفى كل موضع يبطل بدل الخلع يقع الطلاق ، ويكون بائناً على مذهب أبى حنيفة ، ويكون رجعياً على مقتضى المعمول به ، لأن كل طلاق رجعى إلا فى مواضع الاستثناء ، وليس هذا منها .

٢٧٩ — حكم الخلع : يثبت بالخلع الأحكام الآتية :

(أ) وقوع الطلاق البائن إذا ثبت البدل ولم يكن ثمة سبب شرعى يوجب إلغاءه ، فإن كان ما يوجب إلغاءه وقع الطلاق ، إن توافرت أسباب وقوعه ، وكان رجعياً ، كما نوهنا سابقاً .

(ب) يثبت بدل الخلع إن لم يكن ما يوجب إلغاءه بأن كان مالا متقوماً أو منفعة مقدرة بمال ، أو غير مقدرة ، ولكنها مباحة شرعاً .

ويثبت بدل الخلع قضاء فى مذهب أبى حنيفة قليلا كان أو كثيراً ولكنه يكره أخذ شىء مطلقاً إن كان النشوز من جانبه وأكثر مما أعطى إن كان النشوز من جانبها وفى حالة الكراهة لا يطلب المال ، أى أنه يكون كسباً خبيثاً

يجب التبرع به أو رده وهذه رواية الأصل ، وفى رواية الجامع الصغير يطيب ، وإن كان مكروها ، لقوله تعالى : « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » والرواية الأولى أصح ، وهى المعقولة ، إذ كيف يكره ، ويكون طيباً ؟؟

(ح) وهذان الحكمان يعمان الخلع بلفظ الخلع أو المبارأة والطلاق على مال ، ويختص الخلع بلفظ المخالعة أو المبارأة بحكم آخر ، وهو أنهما — عند أبى حنيفة — يسقطان كل حق مالى قد ثبت بالنكاح ، فيسقط متجمد النفقة ، ويسقط مؤخر الصداق ، كما يسقط ما يكون قدمه من نفقة ، وطلقها قبل مضى مدتها .

وقال محمد : لا يسقط الخلع إلا ما نص عليه ، سواء أكان بلفظ المخالعة ، أم بلفظ المبارأة ، ووافق أبو يوسف محمداً فى الخلع بلفظ المخالعة ، ووافق أبا حنيفة فى الخلع بلفظ المبارأة .

وحجة أبى حنيفة أن اللفظين يدلان على الانفصال التام ، والانخلاع من كل حقوق مالية كانت ثابتة بذلك الزواج من قبل ، والإبراء من كل ما كان لكل واحد عند صاحبه ، ولا فرق فى ذلك بين المخالعة والمبارأة ، لأن الثانية تدل على الإبراء ، والأولى تدل على الانخلاع من كل الحقوق والواجبات التى أثبتها الزواج أو ثبتت بسببه .

وحجة محمد أنه لا يسقط حق ثابت ، إلا بما يدل على الإسقاط قطعاً ، والخلع كيفما كان لفظه ليس صريحاً فى إسقاط حق ثابت ، إلا إذا وجد نص يدل على الإسقاط قطعاً ، ولا يصح أن تحمل عاقداً ما لا يريده ، وما لم تقم دلالة لفظية على إرادته ، بل ربما لو ذكر له لمانع فيه وناقضه .

وحجة أبى يوسف أن لفظ المبارأة صريح فى تبادل الإبراء من الجانبين فهى قد أبرأته مما لها من حق . وهو قد أبرأها كذلك مما لها من حق ثابت ، وأما لفظ المخالعة فليس صريحاً فى ذلك الإسقاط ، فلا يصح أن تفرض على العاقد أمراً لم يقم دليل صريح على إرادته .

٢٨٠ — هذه آراء الأئمة فى المذهب الحنفى بالنسبة لما يسقطه الخلع ، سواء أكان بلفظ المخالعة أم كان بلفظ المبارأة . وقد جاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فجعل دين النفقة ديناً قوياً لا يقبل السقوط إلا بالأداء أو الإبراء

وقد فهم بعض الباحثين فى وزارة العدل إبان ذلك أن الخلع بلفظ المخالعة أو المبارأة لا يسقط متجمد النفقة بعد أن صارت ديناً قوياً ، ولذلك أصدرت الوزارة فى ذلك الوقت تعليمات جاء فيها ، أن دين النفقة بعد القانون المذكور لا يسقط بالطلاق ، ولو خلعاً » .

وهذا الكلام مستقيم بالنسبة للطلاق على مال بلفظ الطلاق ، أما إذا كان بلفظ المخالعة أو المبارأة فلا يستقيم ، لأن سقوط متجمـــد النفقة عند أبى حنيفة ليس السبب فيه ضعف الدين ، وليس السبب فى منع محمد لذلك أنه يرى أن الدين قوى ، بل الأساس عند أبى حنيفة وأبى يوسف فى الحدود التى بيناها — هو أن اللفظ يتضمن الإبراء ، ولذلك يسقط مؤخر الصداق مع أنه من المتفق عليه أنه دين قوى لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

ولهذا نرى أن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ لا يمنع سقوط متجمد النفقة إن أردنا تطبيق رأى أبى حنيفة فى هذا .

٢٨١ — خلع المحجور عليهن : إن كانت المحجوز عليها فاقدة الأهلية بأن كانت مجنونة . أو ثبت أنها كانت مجنونة وقت المخالعة وتولت هى الصيغة ، فلا يقع الطلاق ولا يثبت المال ، وذلك لأن عبارة فاقد الأهليه ملغاة لا توجب شيئاً ، وتعد من لغو القول ، وتعليق الطلاق على قبولها المال ، ثم قبولها إياه لا يعد به المعلق عليه قد وجد لأنها لا تستطيع إنشاء قبول إذ ليست لها إرادة معتبرة .

وإذا كانت المحجور عليها قاصرة الأهلية ، أو كانت سفيهة ، وتولت هى الصيغة بأن أوجب الخلع ، فقال أنت طالق على مائة تفتدين نفسك بها . فقبلت فإن الطلاق يقع ولكن المال لا يلزم ، لأنه علق الطلاق على قبول المال ، وقد وجد القبول بصيغة معتبرة شرعاً ، لأن قاصر الأهلية وهو الصبى المميز ومثله السفيه عبارتهما معتبرة شرعاً ، فهى موجودة ولكن لا يرتب عليها الشارع لزوم المال ، لأن العوض فى الخلع تبرع فيعد من الناحية المالية ضرراً محضاً ، فوقع الطلاق ولم يلزم المال .

وإذا كان الذى تولى الخلع عن المحجور عليها وليها ، فإن التزم أداء البدل من ماله ، فإن الطلاق يقع والمال يلزم الولى ، أما لزوم المال فلأنه

التزمه ، وكان مكلفا ملزما بالوفاء بما التزمه ، وأما وقوع الطلاق ، فلأنه علقه على قبول المال ، وقد وقع المعلق عليه فيقع ، وأما إذا خلع من مالها أو بمهرها فان المال لا يلزمها ، لأنه ليس لأحد أن يتبرع من مالها ، وبدل الخلع فى معنى التبرع ، ولا يلزمه لأنه لم يضمنه ، وأما الطلاق فنى المذهب الحنفى روايتان (إحداهما) أنه يقع الطلاق ، لأنه علق الطلاق على قبوله لا على وجوب البدل ، وقد وقع المعلق عليه ، فيقع الطلاق (والثانية) أن الطلاق لا يقع لأنه علق الطلاق على قبول المال ممن هو أهل لالتزامه . فلما لم يلزم المال لا يقع ، والرواية الأولى أصح من الثانية (١) .

وتثار هنا مسألة وهى خلع المرأة التى تكون قد بلغت السابعة عشرة أو الثامنة عشرة مثلا ، ولم تبلغ الحادية والعشرين أيعتبر خلعها خلع بالغة عاقلة رشيدة ، لأنها بلغت الثامنة عشرة ، وقد تجاوزت بها سن البلوغ الشرعى أم يعتبر خلعها خلع سفيهة محجور عليها ، لأن القانون لا يعتبرها رشيدة إلا إذا بلغت الحادية والعشرين ، وكانت رشيدة قادرة على إدارة أموالها .

وترى أنها تعامل فى خلعها معاملة السفيهة . وذلك لما يأتى :

أولا — أنها محجور عليها بالفعل ، فتصرفاتها المالية لا تسرى إلا بإذن وليها أو المحكمة المختصة ، وإذا كان ذلك بالنسبة للمعاملات المالية ، فكيف يكون الشأن فى بدل الخلع الذى يكون تبرعاً فى مؤداه ، لأنه لا يقابل بمال .

ثانياً — أنها لا تعد رشيدة بحكم القانون ، ذلك لأن القانون لم يعط الرشد إلا لمن يبلغ الحادية والعشرين ، فقبل بلوغ هذه السن لا يمكن أن تكون رشيدة بحكم القانون ومن يلزمها ببدل الخلع إنما ينهض القانون العام ، ولا يقال إنه يطبق فى هذه الحال السن الشرعى باعتبار أن الطلاق أمر يجرى عليه الأحكام الشرعية ، لأن المسألة فى لزوم البدل أو عدم لزومه ، وذلك يرجع

---

(١) جاء فى فتح القدير أن وجوب الطلاق هو رواية هشام عن محمد ، وروى عن محمد أيضاً أنه لا يقع الطلاق ولو بلغت فأجازت جاز .

إلى قدرتها على التصرف المالى ، وخصوصاً التبرع ، والتبرع هنا لا يدخل فى عموم التصرفات التى أجازها القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ .

ثالثاً — أن الشرع قرر أنه لا يدفع المال إلا إذا آنس الرشد ، فقد قال تعالى : « فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم » وقد اعتبر القانون فترة إيناس الرشد هى تلك الفترة التى تكون بين البلوغ الشرعى وهو سبع عشرة للفتاة وثمانى عشرة للغلام عند أبى حنيفة . . .

وعلى ذلك إذا خالعت من تكون فى هذه الفترة يقع الطلاق ، ولا يجب المال ، ويكون الطلاق حينئذ رجعياً إذا مات وهى فى العدة ترثه بحقها الشرعى ككل طلاق رجعى ، والله هو الموفق .

والخلع كالطلاق لا يكون إلا من الزوج ، وقد يكون من القاضى على ما سنبين فى مذهب مالك إن شاء الله تعالى .

٢٨٢ — خلع المريضة مرض الموت : المريضة مرض الموت أهل لكل التصرفات الشرعية لأن المرض لا يوجب الحجر ، إلا إذا كان سبباً فى ضعف العقل ، فيحجر على المريض لذلك ، لا لذات المرض ، بيد أن تبرعات المريض مرض الموت تكون فى حكم الوصية ، لتعلق حق الورثة والدائنين بالتركة من وقت حلول المرض الذى كان سبب الوفاة ، إذ الأمور تسند لأسبابها ، والمرض هو سبب الموت الذى أوجب انتقال المال إلى غيره .

ولما كان بدل الخلع فى معنى التبرع أخذ حكم الوصية ، وربما كان المقصود منه محاباة زوجها بأكثر من حقه فى ميراثها ، ومحاباة الوارث فى مرض الموت بأى مقدار لا تجوز عند الحنفية ، لأن الوصية لوارث لا تنفذ عند الحنفية ، كما هو مذهب فقهاء المسلمين جميعاً ، ما عدا بعض الشيعة الإمامية .

ولذلك قرر فقهاء المذهب الحنفى أن المريضة مرض الموت إن خالعت زوجها وقع الطلاق ، لأنه علق الطلاق على قبول المال ، وقد وجد القبول صحيحاً ، وأما ما يستحقه المخالع فهو بدل الخلع بشرط ألا يزيد على ثلث التركة ، ولا عن نصيبه فى الميراث إن ماتت وهى فى العدة ، لأن موتها فى

العدة يجعل سبب الميراث قائماً من وجه ، ويخشى أن يكون القصد من المخالعة إعطاءه أكثر من ميراثه ، فلا يزيد بدل الخلع عليه ، ثم بدل الخلع تبرع فى مرض الموت فهو وصية ، والوصية يجب أن تتقيد بالثلث لا تتجاوزه ، فلابد ألا يزيد عليه ، إذ الوصية بأكثر من الثلث لا تنفذ فى الزائد من غير إجازة الورثة ، ولذلك يجب له الأقل من هذه المقادير بدل الخلع وثلث التركة ونصيبه فى الميراث ، فإن كان نصيبه فى الميراث ثلاثمائة وبدل الخلع خمسمائة ، وثلث التركة أربعمائة استحق فقط ثلاثمائة جنيه ، ولو كان بدل الخلع هو الأقل استحقه ، وإن كان ثلث التركة هو الأقل استحقه فقط ، وهكذا

وإن كانت وفاتها بعد انتهاء العدة فقد انقطع سبب الميراث من كل الوجوه ، وعلى ذلك يستحق الأقل من بدل الخلع وثلث التركة ، لأن بدل الخلع تبرع وهو فى مرض الموت وصية ، ولا تنفذ الوصية بأكثر من الثلث ، إلا باجازة الورثة .

هذا هو خلع المريضة مرض الموت فى المذهب الحنفى ، وقد فرق بين موتها فى العدة ، وموتها بعد انتهاء العدة ، وأساس التفرقة أن سبب الإرث قائم من وجه ما بقيت العدة ، وأن محاباة الوارث بالوصية ، أو بتصرف يأخذ حكمها — لا يجوز إلا بإجازة الورثة . ولكن قانون الوصية المعمول به الآن أجاز محاباة الوارث بالوصية ، أو بتصرف يأخذ حكمها بما لا يزيد على الثلث من غير حاجة إلى إجازة الورثة . وعلى ذلك لا يكون ثمة حاجة إلى فرض محاباة زوجها بأكثر من نصيبه ومنعها من ذلك ، ولا إلى التفريق بين حال انتهاء العدة وحال بقائها ، وعلى هذا لا يكون الزوج مستحقاً للأقل من بدل الخلع ، وثلث التركة . إذ النظر إلى الميراث كان للاحتياط . لكيلا يأخذ أكثر من نصيبه ، ولا حاجة الآن لهذا الاحتياط .

٢٨٣ — وقبل أن نترك الخلع نشير إلى المعنى الفقهى فيه ، وذلك أن الطلاق جعل بيد الرجل ، يوقعه إذا أحس بنفرته من العشرة الزوجية مع من ارتبط بها ، وقد تكون المرأة تحس بهذا الإحساس ، والرجل مستمسا بها أشد ما يكون الاستمساك ، فشرع الله لها الخلع لتفتدى نفسها ، بأ

تعطى زوجها ما قدم فى سبيل ذلك الزواج من مال ، ولذلك قال ابن رشد فى بداية المجتهد .

« والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة فى مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق ، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك (١) المرأة ، جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل » .

وإذا كان الخلع كذلك فقد قال مالك رضى الله عنه إن الخلع كما يكون بالتراضى بين الزوجين يكون بحكم الحكمين إذا فسدت العلاقة بين الزوجين وكانت النفرة بينهما مما يوجب أن يحكم القاضى بسببه حكمين ، فإن لهما أن يفرقا بين الزوجين خلعاً ، ويوافق القاضى على ذلك ، ولو كان الخلع بغير رضا الزوجة ، إن كان النشوز من جانبها ، وهذا نص ما جاء فى المدونة منسوباً لمالك رضى الله عنه .

« قال مالك : فى الأمر الذى يكون فيه الحكمان ، إنما ذلك إذا فتح ما بين الرجل والمرأة ، حتى لا تثبته بينهم بينة ، ولا يستطاع أن يتخلص إلى أمرها فإذا بلغا ذلك بعث الوالى رجلا من أهلها ، ورجلا من أهله عدلين ، فنظرا فى أمرهما واجتهدا فإن استطاعا الصلح أصلحا بينهما ، وإلا فرقا بينهما ، ثم يجوز فراقهما دون الإمام ، وإن رأيا أن يأخذا من مالها ، حتى يكون خلعا فعلا » (٢) .

وجاء فى شرح الزرقانى ما نصه : « فإن تعذر الإصلاح ، فإن أساء الزوج طلقا بلا خلع ، إن لم ترض بالمقام معه ، وبالعكس إن كانت هى المسيئة فقط ائتمناه عليها أو خالعا له بنظرهما فى قدر المخالع به ، ولو زاد على الصداق » ومن هذا يتبين أن الخلع يصح باقتراح الحكمين إن لم يمكن الإصلاح ، وكان النشوز من جانبها لنفرة من العشرة الزوجية . ويصدق على قرارهما .

بهذا يتبين أن المذهب المالكى يتسع للخلع إن فركت المرأة زوجها ،

(١) يقال فركت المرأة زوجها أبغضته من باب فرح .

(٢) المدونة جـ ٥ ص ٥ .

ولكن بعد تحكيم الحكمين ، ومحاولة الإصلاح والعجز عنه ، ويقر القاضي ما يرتئيان ولو كان خلعاً .

الظهار

٢٨٤ — قد تبين مما تقدم ما يقوم به الزوج من التفريق بينه وبين زوجه بصيغة تدل على الفراق ، سواء أكانت الصيغة صريحة أم كانت بالكناية ، وسواء أكانت منجزة ، أم كانت غير منجزة وسواء أكانت بعبارته أم كانت بعبارتها عند التفويض إليها ، وسواء أكانت على مال أم غير مال ، ففي كل هذه الأحوال كان يقصد الفرقة بعبارة تدل عليها .

ولكن قد تصدر عنه عبارة تدل على تحريم الحياة الزوجية ، ولا تدل على إرادة التفريق بل تدل على بقاء العلاقة ، وتحولها من علاقة زوجية ، إلى علاقة محرمية بأن يشبهها بإحدى محارمه ، فيقول أنت على كظهر أمي أو نحو ذلك ، وهذا كان يقع بين المسلمين في العصر الأول ، ويسمى الظهار ، فالظهار هو تشبيه الرجل زوجته في التحريم بإحدى المحرمات على وجه التأبيد بالنسب أو المصاهرة أو الرضاع .

والظهار لا يكون إلا من زوج بالغ عاقل مسلم لزوجة قد انعقد زواجها انعقاداً صحيحاً نافذاً ، فلو كان العقد موقوفاً على إجازة أحد لا يكون ظهاراً ، لأنها حرام عليه فعلا ، فيكون كلامه إخباراً عن الواقع الثابت .

ومن صدر عنه الظهار على هذا الوجه ، فإنه لا يحل له أن يأتي زوجته ، إلا بعد أن يقوم بكفارة الظهار ، وهي عتق رقبة ، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ، ولا يشترط في الرقبة أن تكون مؤمنة عند الحنفية ، بل تجزىء المؤمنة وغير المؤمنة ، ويشترط في الصيام التتابع ، فإن أفطر ولو لعذر استأنف العدد من جديد بعد ذلك ، لاشتراط الآية الكريمة ذلك بالنص ، وإطعام الستين مسكيناً يكون بغذاء وعشاء كاملين مشبعين أو قيمة ذلك ، فإن قام بالكفارة حلت له زوجته .

والأصل في ذلك قوله تعالى : « قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها ،

وتشتكى إلى الله ، والله يسمع تحاوركما ، إن الله سميع بصير . الذين يظاهرون منكم من نسائهم ماهن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائى ولدنهم ، وإنهم ليقولون منكراً من القول وزورا ، وإن الله لعفو غفور . والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ، ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا ، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ، ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله ، وتلك حدود الله ، وللكافرين عذاب أليم » .

والحكمة فى تلك الكفارة هو منع العبث بالعلاقة الزوجية ، ومنع ظلم المرأة ، فإن الذين يصنعون ذلك يقصدون به الكيد لها ، وقد نزلت الآية الكريمة فى امرأة ذهبت إلى النبى ﷺ تخبره أن زوجها ظاهر منها وتشكو إليه فاقتها ، وأن صبيتها صغار إن ضمتهم إليه ضاعوا ، وإن ضمتهم إليها جاعوا .

فجاء الحكم لمنع ذلك التلاعب ، وهذا الظلم .

الطلاق بحكم الشرع أو القانون

٢٨٥ — هناك تفريق بين الزوجين بحكم الشرع بسبب من قبل الزوج يكون من غير طلب المرأة ، بل يكون ولو لم تطلبه ، وقد أوجد القانون طلاقاً بحكم القاضى بعد طلب المرأة ، واستمد ذلك من فقه المذاهب الأربعة ، وذلك هو التفريق لعدم الاتفاق ، والتفريق للعيوب ، والتفريق للضرر بالغياب والسجن .

ولنتكلم عن القسمين ، وسنقتصر فى كلامنا فى الأول على الإيلاء واللعان لأن سائر التفريقات بحكم الشرع تكلمنا عنها بالإجمال فى صدر كلامنا فى إنهاء عقد الزواج ، ولا مزيد هنا نزيده عما قلنا ، أما الإيلاء واللعان ، فإنهما يحتاجان إلى بعض البيان .

الايلاء

٢٨٦ — عرفه كمال الدين بن الهمام فى فتح القدير بأنه الحلف على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعداً بالله ، أو بتعليق القربان على ما يشق ، فالحلف

بالله ألا يقرب زوجته خمسة أشهر مثلا إيلاء ، وإذا علق الدخول بها على عبادة فيها مشقة أو أمر فيه مشقة عليه ، فهو إيلاء فلو قال لله على نذر صوم ثلاثة أشهر إن قاربت امرأتى أو لله على نذر أن أتصدق بمائة جنيه إن قاربت أهلى كان ذلك إيلاء ، ولا يعد الحلف على أقل من أربعة أشهر إيلاء .

والأصل فى ثبوت الإيلاء قوله تعالى : (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ، فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم ، وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم) ، فهذه الآية الكريمة صريحة فى أن الفرقة تكون بين الزوجين إذا لم يفىء إليها فى مدة أربعة أشهر ، وإن شرعية التفريق بين المرأة وزوجها بذلك إنما هو لمنع ظلم المرأة ، وإبقائها كالمعلقة لا هى زوجة لها حقوق الزوجية ، ولا هى مطلقة يغنيها الله سبحانه وتعالى من سعته ، وقد كان العرب فى الجاهلية يكيدون لنسائهم بذلك الحلف والإصرار عليه ، فوضع الإسلام ذلك الحد الذى يمنع الإضرار بالمرأة وظلمها .

وقد اختلف الفقهاء فى طريق التفريق بين الزوجين بالإيلاء وفى وصفه ، فأبو حنيفة وأصحابه قرروا أن التفريق يتم بمجرد مضى أربعة أشهر من غير أن يقربها ، لأن الآية الكريمة تدعو إلى الفىء فى المدة ، فإن لم يفىء إلى زوجته فى المدة فقد عزم الطلاق ، فيعتبر مطلقاً طلاقاً بائناً بمجرد انتهائها من غير فىء.

وقال مالك والشافعى وأحمد : لا يقع الطلاق بمجرد انتهاء المدة ، بل يتوقف فإما طلق ، وإما رفعت الأمر إلى القضاء فحكم بالطلاق ، والطلاق الذى يقع يكون رجعياً عند هؤلاء الأئمة ، لأن الأصل فى الطلاق أن يكون رجعياً حتى يكون من الشارع ما يدل على أنه بائن ، بيد أن مالكا رضى الله عنه لا يعتبر الرجعة تامة إلا إذا حصل دخول فعلا ، لأن التفريق كان لسبب ، وهو الامتناع ، فإذا أراد أن يزيل التفريق فلابد أن يزيل سببه ، وهو الامتناع الظالم لها الذى بعث إليه الكيد والأذى .

٢٨٧ — وإذا حلف الرجل على زوجته ألا يقربها أبداً ، فإذا مضت مدة أربعة أشهر عند الحنفية وقع عليها طلاق بائن ، فإن تزوجها ثانية ، ولم يدخل بها تلك المدة وقعت الطلقة الثانية . فإن تزوجها ولم يدخل وقعت الثالثة ولم تحل له إلا بعد زوج آخر ودخوله بها ، فإن تزوجها من بعد ، ولم

يدخل بها لا يقع شيء ، لأن الحل الذى كانت فيه اليمين قد انتهى . ولكنه إن قاربها حنث فى يمينه ووجبت كفارة اليمين ، وهى إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة ، فإن لم يجد شيئاً من هذا فصيام ثلاثة أيام .

والفىء إلى الزوجة يكون بقربانها ، وإن كان الفىء وجبت كفارة اليمين التى ذكرناها ، أو وجب المعلق عليه إن لم يكن الإيلاء بيمين ولا يقع طلاق . ومدة الفىء هى أربعة أشهر . وإذا كان فى مدة الإيلاء عاجزاً عن قربانها ، فإن فيئه يكون بالقول ، بشرط استمرار العجز إلى نهاية المدة ، فإن زال العجز بعد الفىء بالقول تعين الفىء بالقربان ، وإذا أفاء بالقول لا يعد حانثاً فى يمينه فلا تجب كفارة ، ولا يجب الأمر المعلق عليه ، لأن الحلف على القربان ولم يقع ، وإنما اعتبر الفىء بالقول لأن وقوع الطلاق منع ظلمها ، وعند العجز يكفى رفع الظلم بالقول لأنه لا يستطيع سواه .

٢٨٨ — والطلاق الذى يقع بالإيلاء بائن عند الحنفية كما ذكرنا ، فهل هو كذلك فى العمل بعد قانون سنة ١٩٢٩ الذى نص على أن كل طلاق رجعى إلا ما كان قبل الدخول ، وما كان على مال والمكمل للثلاث ، وما نص فى القانون على أنه بائن ؟ لقد استظهرنا أن الإيلاء يكون طلاقاً رجعياً بحكم القانون ، لأنه ليس من المستثنيات فى هذا القانون ، إذ ليس واحداً من هذه الأمور الأربعة ، ولأن القانون فى هذا الجزء مأخوذ من مذهب الشافعى ، وهو يعتبره طلاقاً رجعياً ، ولأن المذكرة الإيضاحية عندما ذكرت أن فراق اللعان وإباء أحد الزوجين الإسلام باق على حكمه فى مذهب الحنفية ، لم تذكر الإيلاء معها .

وعلى ذلك إذا آلى من زوجته فوقع الطلاق ثم راجعها فى العدة ، ولم يأتها مدة أربعة أشهر ، وقع الطلاق ثانية ، وهكذا .

اللعـــان

٢٨٩ — عاقب الله سبحانه وتعالى من يرمى المحصنات وهن الحرائر العفيفات بثمانين جلدة ، فقد قال تعالى « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ، وأولئك هم

الفاسقون ، إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا ، فإن الله غفور رحيم »
وإن هذا النص عام يشمل رمى الزوج لزوجته ، ورمى الرجل لغير زوجته .

ولذلك جاء أنصارى إلى النبي ﷺ قال يا رسول الله : « أرأيتم الرجل يجد مع امرأته رجلا ، فإن قتله قتلتموه ، وإن تكلم جلدتموه ، وإن سكت سكت على غيظ . . . اللهم افتح » ، فنزل قوله تعالى :

« والذين يرمون أزواجهم ، ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله ، إنه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين . ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين . والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين » .

وهذا هو اللعان ، فحقيقته أن يحلف الرجل إذا رمى امرأته بالزنى أربع مرات إنه لمن الصادقين ، والخامسة أن عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين ، وأن تحلف المرأة عند تكذيبه أربع مرات إنه من الكاذبين ، والخامسة أن عليها غضب الله إن كان من الصادقين .

ويكون اللعان إذا رمى الرجل امرأته بالزنى ، ولم يكن له أربعة شهداء يشهدون عليها بما رماها به ، وكانت هى حرة عفيفة بالغة ، وهو حر بالغ عاقل ولم يكن واحد منهما محدوداً فى قذف .

ويبدأ بتحليف الزوج ، فإن لم يحلف حبس ، حتى يحلف أو يكذب نفسه فإن كذب نفسه وجب حد القذف عليه ، وإن حلف وجب عليها أن تحلف ، فإن امتنعت حبست حتى تحلف أو تصدقه ، وإن صدقته أقيم عليها حد الزنى إن استوفى شروطه .

والتلاعن كما يكون بالرمى بالزنى المجرد يكون برميها بالزنى ، ونفى الولد ويكون الحلف فى هذه الحال على أنه صادق فيما رماها به من نفى الولد ، وحلفها على أنه كاذب فيما رماها به من نفى الولد .

٢٩٠ — وإذا تم اللعان ، تمت الفرقة بين الزوجين بتفريق القاضى ، أى أنه لا يتم وقوعها إلا بعد حكم القاضى بالتفريق ، وقبل ذلك لا يوجد

التفريق (١) .

وإذا وقعت الفرقة لا تحل له حتى يكذب نفسه ، أو تصدقه هي ، فإن كان ذلك حلت له ، واعتبرت الفرقة طلاقاً بائناً ، قد احتسب من عدد الطلقات التي يملكها الرجل ، لأن سبب الفرقة من جانب الرجل ، ولا يتصور أن تكون من جانب المرأة . وكل فرقة كانت كذلك هي من الطلاق لا من الفسخ .

وقال أبو يوسف ، وزفر ، والحسن بن زياد هي فرقة بغير طلاق ، وهي توجب التحريم على التأبيد ، ولو كذب نفسه ، أو صدقته ، لأن رسول الله ﷺ قال : « المتلاعنان لا يجتمعان أبداً » والتأبيد المنصوص عليه في الحديث يقتضي التحريم المؤبد ، ولأن اللعان قد وجد ، وهو سبب التفريق ، وتكذيبه نفسه أو تصديقها إياه من بعد لا ينفي وجود السبب فهو باق فيبقى حكمه ، ولأن الثقة بين الزوجين قد فقدت .

وإذا كان موضوع اللعان نفي نسب الولد ، انتفى نسبه ، ولا يعتبر ابنه بالنسبة للأحكام التي تلزمه فلا يرث منه ، ولا يجب نفقته عليه ، ولكن بالنسبة للأحكام التي شرعها الله للكافة يعامل كأنه ابنه للاحتياط فلا يعطيه زكاته ، (١) ولو قتله لا قصاص عليه للشبهة ، كما لو قتل الأب ولده . (٢)والمحرمية بينه وبين أولاده تثبت للاحتياط لأحكام الشرع (٣) ولا تجوز شهادة كل منهما للآخر (٤) ولا يعد مجهول النسب ، فلا يصح أن يدعيه غيره .

وإذا كذب نفسه يثبت الولد ، ويزول كل أثر اللعان بالنسبة للولد بالاتفاق (٢) .

---

(١) وهذا عند أبي حنيفة والصاحبين وعند زفر الفرقة تكون بمجرد تمام اللعان من غير حاجة إلى حكم القاضي لأن سبب الفرقة هو اللعان وقد وجد . وقال الشافعي إن الفرقة تكون بمجرد حلفه هو لأن مجرد الرمي من غير بينة . وتوثيقه بالحلف هو سبب الفرقة ، إذ الثقة من جانبه قد فقدت ، فحق الفراق .

(٢) وإنما قال أبو يوسف إن النسب يثبت في هذه الحال ، مع أنه قرر أن التحريم لا يزول ، لأن الحديث إنما ورد في التفريق ، وللمحافظة على حق الولد ، ولأن اللعان لا يقتضي في النسب دائماً ، فلا مانع من تحققه مع ثبوت النسب .

الطلاق بحكم القاضى

٢٩١ — لم يكن فى مذهب أبى حنيفة طلاق يملكه القاضى إلا الطلاق لعيب فى الزوج ، وقصر العيوب الموجبة للطلاق على العيوب التناسلية ، وهى الجب والخصاء والعنة ، وزاد محمد : الجنون والجذام والبرص .

أما غير أبى حنيفة من الأئمة فقد وسعوا فى الطلاق الذى يملكه القاضى ، ولعل أكثر الأئمة أصحاب المذاهب توسعة فى ذلك مالك وأحمد ، وقد اقتبس ولى الأمر فى مصر من المذاهب الأربعة ما وسع به باب التفريق الذى يملكه القاضى بطلب المرأة ، فكان التفريق لعدم الإنفاق ، والتفريق للعيوب المستحكمة من غير تقيد بعدد معين أو نوع معين ، والتفريق للضرر ، للغياب وللسجن ، ولكل واحد فصل قائم بذاته .

التفريق لعدم الانفاق

٢٩٢ — هذا النوع من التفريق مما جاء به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وخلاصة ما جاء به خاصاً بذلك أن الزوج إن كان له مال ظاهر نفذ حكم النفقة فيه ، سواء أكان غائباً أم كان حاضراً ، ما دام ممتنعاً عن الإنفاق ولم يترك لها مالا تنفق منه ، وغاب عنها ، لأن منع الظلم قد تعين سبيله ، وهو تنفيذ حكم النفقة فى ماله الظاهر ، وبيعه فى سبيل تنفيذ الحكم .

وإن لم يكن له مال ظاهر ، وامتنع عن الإنفاق وهو حاضر وطلبت المرأة التفريق ، ولم يقل إنه معسر ، وأصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضى فى الحال ، من غير تأجيل ، وإن زكى امتناعه عن الإنفاق ، بادعائه العجز ، وأثبت إعساره ، أو أقرت هى بأنه معسر لا يستطيع الإنفاق أجله وإن لم يثبت إعساره بإثباته أو إقرارها طلق عليه القاضى فى الحال .

وإذا كان غائباً ولم يترك مالا لزوجته تنفق منه ، وليس له مال ظاهر ينفذ فيه حكم النفقة ، وكانت غيبته قريبة أعذر إليه القاضى ليرسل إلى زوجته ما تنفق منه أو يحضر لينفق عليها ، ويضرب له أجلا ، فإن لم يرسل مالا ولم يحضر ومضى الأجل طلق القاضى .

وإن كان بعيد المكان أو لا يسهل وصول الرسائل إليه أو كان مجهول المحل أو لا يعلم مكانه طلق القاضى فى الحال .

والطلاق بسبب عدم الإنفاق فى كل الأحوال طلاق رجعى (١) ، ولكن الرجعة لا تثبت بمجرد قوله راجعت امرأتى ، بل لابد أن يزول السبب الذى كان من أجله التفريق ، فإن كان معسراً ، فلابد من ثبوت يساره وإن كان ممتنعاً فلابد من ثبوت استعداده لأداء النفقة الواجبة عليه ، ولذلك جاء فى التعليمات التى اقترنت بهذا القانون ما نصه :

« إن جواز الرجعة مشروط بشرطين (١) ثبوت يساره بحيث تظن قدرته على إدامة الإنفاق (٢) استعداده للإنفاق . فإذا لم يتوافر الشرطان لم تصح الرجعة .

٢٩٣ — هذه خلاصة موجزة لما جاء فى القانون خاصاً بالتفريق لعدم الإنفاق ، ولنتجه إلى بيان فقه الموضوع : إن المذهب الحنفى لا يجيز التفريق لعدم الإنفاق سواء كان السبب مجرد الامتناع ، أم كان السبب الإعسار والعجز ، ومذاهب الأئمة الثلاثة تجيز للمرأة أن تطالب بالتفريق لعدم الإنفاق ، ويحكم لها القاضى بالتفريق ، إن ثبت لديه عدم الإنفاق على اختلاف فيما بينهم فى التفصيل .

---

(١) ارجع فى هذا إلى المواد : ٤ ، ٥ ، ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وهذا نصها :

مادة — ٤ — إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته ، فإذا كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله ، فإن لم يكن له مال ظاهر ، ولم يقل إنه معسر أو موسر ولكنه أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضى كذلك .

مادة — ٥ — إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله ، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضى بالطرق المعروفة وضرب له أجلا ، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها ، أو لم يحضر للانفاق عليها طلق عليه القاضى بعد مضى الأجل ، فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه ، أو كان مجهول المحل وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضى فى الحال .

وتسرى احكام هذه المادة على المسجون الذى يعسر بالنفقة .

مادة — ٦ — تطليق القاضى لعدم الإنفاق يقع رجعياً ، وللزوج أن يراجع زوجته ، ذا أثبت يساره ، واستعد للانفاق فى أثناء المدة ، فإن لم يثبت يساره ولم يستعد للانفاق لم تصح الرجعة ..

وقد استدل الأئمة الثلاثة لمذهبهم بما يأتى :

(أ) بقوله تعالى (ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا) وقوله تعالى (فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان) وإن البقاء مع عدم الإنفاق ضرار ، وإمساك بغير المعروف ، وكان حتماً عليه أن يطلق زوجته ، ولما لم يقم بذلك ، وقد تعين عليه ، قام القاضى مقامه فيه .

(ب) وقد قال ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » وإن الإمساك مع عدم الإنفاق مضارة ، وعلى القاضى أن يزيل الضرر بفك تلك العقدة التى أصبحت ضرراً لا مصلحة فيها .

(ج) أنه من المقرر أن يفرق القاضى بين الرجل وزوجته عند ثبوت عيب من العيوب التى تتصل بالقربان والمباشرة ، وهى الجب والخصاء والعنة ، للظلم فى بقائها مع هذه الحال ، ولاشك أن ظلم عدم الإنفاق أشد ، فالتفريق فيه ألزم ، إن طلبته .

هذه أدلة الذين يجيزون للقاضى التفريق إذا طلبته المرأة بسبب عدم الإنفاق ، أما أدلة الحنفية فى منعهم ذلك فهى :

(أ) قوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله . لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها ، سيجعل الله بعد عسر يسراً »

وإذا كان المعسر غير قادر على الإنفاق ، فهو غير مكلف تقديم النفقة فى الحال ، وقد سئل الزهرى عن رجل عاجز عن نفقة امرأته أيفرق بينهما ؟ قال : تستأنى به ، ولا يفرق بينهما ، وتلا قوله تعالى . « لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا » .

فدل هذا التخريج للآية الكريمة مع صراحة دلالتها — على أنه يعد من التكليف غير المعقول أن يفرق بين المعسر وزوجه لإعساره .

(ب) أن نساء النبى ﷺ سألنه ما ليس عنده فاعتزلهن شهراً ، فدل ذلك الاعتزال على أن المرأة ليس لها أن تطالب زوجها بما ليس عنده ، وأنها تكون ظالمة إن طالبته بذلك ، وتستحق العقاب على المطالبة ، وإلا

ما اعتزلن النبي ﷺ بسببها ، وإذا كانت المطالبة ظلماً تستحق عليه العقاب ، فأولى أن يكون طلب التفريق إذا كان الزوج معسراً ظلماً لا يجاب .

(جـ) أنه كان فى الصحابة الموسر والمعسر ، ومعسروهم كانوا فى عهد النبي ﷺ أضعاف موسريهم ، وما علمنا أن النبي ﷺ قضى بالتفريق بين رجل وامرأته للإعسار أو لعدم الإنفاق .

ولقد واجه بعض الفقهاء مالكا بهذه الحقيقة إذ قال له : « قد كان الصحابة رضوان الله عليهم يعسرون ويحتاجون » فقال مالك . « ليس الناس اليوم كذلك إنما تزوجته رجاء (١) » وإذا كان الصحابة لم يكن بينهم تفريق للإعسار مع توافر أسبابه ، فهذا دليل على أنه ليس من سنة الإسلام ، ولا يغيره قول مالك رضى الله عنه أن الزمن قد تغير ، فليس كل تغير موجباً لتغيير الأحكام .

(د) أن الامتناع عن الإنفاق لمن كان عن قدرة فهو ظلم ، ولا يتعين التفريق رفعاً لهذا الظلم ، حتى يلجأ إليه ، بل ثم طرق أخرى ، ومنها بيع ماله للإنفاق منه ، ومنها حبسه لحمله على الإنفاق ، كما قرر الحنفية ، ومنها التعزير ، وإذا كان كذلك لا يلجأ الزوج إلى التفريق ، لأنه أبغض الحلال ممن ملكه الله سبحانه وتعالى ذلك الحق ، فكيف يلجأ إليه القاضى من غير أن يتعين طريقاً لذلك .

وإن كان معسراً فلا ظلم منه ، حتى يكون ثمة مسوغ للتفريق .

وقد رد الحنفية ما استدل به غيرهم بأن الآية والأحاديث إنما تنطبق على الممتنع إذا لم يكن ثمة طريق لمنع ظلم امتناعه إلا التفريق ، وإنه توجد

---

(١) قال ابن حزم فى الرد على مالك فى ذلك القول : « جمع هذا القول وجوهاً من الخطأ ، منها مخالفته أمر الصحابة وما مضوا عليه بإقراره ، والاعتراف بأن الناس ليسوا كذلك اليوم ، فكيف يجوز له أن يجيز حكماً يقر بأن الناس فيه على خلاف ما مضى عليه الصحابة ، ثم من له بذلك ؟ ومن أين عرف تبدل الناس فى هذه القضية ، وما يعلم أحد أن الناس على اختلاف ما كانوا عليه فى عصر الصحابة ، لأن كل من تزوج من الصحابة فإنما تزوجته المرأة للعشرة والنفقة بلا شك ، فما الناس اليوم إلا كذلك » .

طرق أخرى لمنع الظلم ، ومنها الحبس والتعزير ، فلا يلجأ القاضى إلى أبغض الحلال إلى الله وعنده مندوحة بسواه .

وأما المعسر فلا ظلم منه ، إنما يرى الحنفية أن الظلم هو التطليق عليه ، ولا يصح أن يقاس الإعسار الطارىء القابل للزوال على العيب التناسلى الملازم .

وأن من الإنصاف أن نقول فى هذا المقام إنه لم يرد نص صريح يجيز التفريق لعدم الإنفاق من الكتاب أو الحديث أو أقوال الصحابة ، بل كل ما ورد فى ذلك من الكتاب والسنة مما تختلف فيه التخريجات ، ولذا أميل إلى رأى الحنفية فى هذا المقام وأرى أن الدليل معهم إذ لم يرد أن ذلك النوع من التفريق وقع فى عهد الصحابة .

٢٩٤ — اتفق الأئمة الثلاثة على جواز التفريق لعدم الإنفاق ، واتفقوا على أن الإعسار الموجب للتفريق هو العجز عن النفقة الضرورية فى أدنى أحوالها وعلى أن العجز عن النفقة الماضية لا يوجب التفريق إنما الذى يوجب التفريق وهو العجز عن النفقه الحاضرة والمستقبلة (١) ، لأن الماضية دين ككل الديون ، من يعجز عنه ينتظر إلى ميسرة ، ولأن التفريق للإعسار سببه دفع الضرر عنها فى بدنها ، بعدم الإنفاق عليها فى الحال والاستقبال ، ولا يتحقق ذلك فى متجمد النفقة ، فالتفريق للإعسار للتخلص من المسغبة والعرى فى المستقبل .

٢٩٥ — ومع اتفاقهم على ذلك كله قد اختلفوا فى تفصيلات ، فقد اختلفوا فى المواضيع الآتية :

(أ) بالنسبة للإعسار ، فقد قرر مالك أنه لا يثبت إلا بالبينة أو إقرارها هى به . أما الشافعى فقد قرر أنه يثبت بالبينة أو إقراره هو ، فإذا ادعاه كان ذلك كافياً للتفريق . ولا يؤجل المعسر عند الشافعى إلا ثلاثة أيام ولا يؤجل قط عند أحمد . ويؤجل عند مالك مدة يراها القاضى كافية لليأس من قدرته فى المستقبل على الإنفاق ، وبعض المالكية قدرها بشهر .

---

(١) راجع فى هذا الشرح الكبير جـ ٩ ص ٢٦٨ ، (حنبلى) وشرح الخرشى (مالكى) جـ ٣ ص ٢٥٨ وتحفة المحتاج (شافعى) جـ ٣٢ .

والرضا بالبقاء مع الإعسار يسقط طلب التفريق عند مالك ، لأن طلب التفريق من بعد ذلك نقص لما تم من جهتها ، ولذا لو تزوجته وهو معسر عالمة بإعساره فليس لها طلب التفريق من بعد لذلك السبب ، لأن ذلك يكون نقضاً لما تم من جهتها (١) .

أما الشافعي وأحمد فقد قررا أن رضاها بالإعسار وقتاً لا يستلزم رضاها في كل الأوقات ، لأن الحاجة إلى الإنفاق تتجدد آنا بعد آن ، فيتجدد لها حق طلب التفريق ، فما أسقطته في الماضي غير ما تطالب به في الحاضر .

(ب) وبالنسبة للتفريق للامتناع عن الانفاق فمع اتفاقهم على أنه إن كان له مال ظاهر لا يفرق بينه وبين زوجته – اختلفوا في حال ما إذا كان ممتنعاً لم يدع الإعسار ، أي لم يثبته ببينة ، فقال الشافعي لا يفرق بينه وبين زوجته إذا طلبت التفريق ، لأن مظنة الرجوع عن غيه ثابتة ، ولأنه بالتحرى والبحث يمكن معرفة ماله ، وتنفيذ حكم النفقة فيه ، ولأن إكراهه على الإنفاق يدفع السبب الموجب للتفريق ، ولأن التفريق لعدم الإنفاق ثبت بالقياس على التفريق للعيب ، ولا يتحقق القياس إلا في حال الإعسار .

وقال مالك وأحمد إنه يفرق بين الممتنع عن الإنفاق وبين زوجته إن طلبت التفريق ، ولم يكن له مال ظاهر ، لعدم الإنفاق عليها كحال الإعسار ، ولأنه ظالم بالامتناع ، وكان حقاً عليه أن يطلق ، فلما لم يطلق ، طلق القاضي عنه .

(حـ) وبالنسبة للتفريق بين الغائب وزوجته قد اختلفوا ، فالشافعي قال إن أساس التفريق لعدم الإنفاق عنده هو الإعسار فما لم يثبت الإعسار ، فلا تفريق ، والغائب لا يمكن إثبات إعساره ، فلا يفرق بينهما ، وإذا أمكن إثبات إعساره حيث هو مقيم فرق بينهما ، وإن لم تعلم حاله من يساره أو إعساره أو كان ذا يسار ، فلا يفرق بينهما .

ومالك قرر أنه يطلق عليه إن لم يكن ترك مالا ويعذر عليه أن أمكن

---

(١) راجع في هذا الشرح الكبير (مالكي جـ ٢ ص ٤٩٧ ، والجزء الرابع من شرح الخرشي ٢٢٨) .

ذلك بأن كان معلوم المكان ، ويمكن وصول الرسائل إليه ، بأن كان قريباً وقدر القرب بوصول الرسائل فى أقل من عشرة أيام (١) .

وأحمد رضى الله عنه أجاز التفريق إن لم يترك ما تنفق منه ، ولم تستطع الاستدانة عليه . ولم يذكر الإعذار ، ولا الإمهال .

(د) وبالنسبة لنوع التفريق ، قد قال مالك رضى الله عنه ، إن التفريق لعدم الإنفاق طلاق رجعى ، وقال أحمد والشافعى إنه فسخ لا يحتسب من عدد الطلقات ووجهة مالك أن الفرقة لعدم الإنفاق تشبه الفرقة بالإيلاء ، لأن كلتيهما لمنع المضارة والإيلاء عنده طلاق رجعى ، فالفرقة لعدم الإنفاق طلاق رجعى .

وحجة الشافعى وأحمد فى أنه فسخ ، أن هذا تفريق بسبب العجز عن القيام بحقوق الزوجية ، وما وقع الطلاق بلسانه ولا بأمره بل بحكم القاضى ، فلا يمكن أن يحتسب من عدد الطلقات التى يملكها ، فإذا استأنفا حياة زوجية جديدة لا يحتسب من عدد طلقاتها ، بل هو فسخ للنكاح .

ومالك الذى جعله طلاقاً رجعياً لا يجيز الرجعة إلا إذا زال السبب الموجب للتفريق ، بأن يكون قادراً على الإنفاق إذا كان قد ثبت إعساره ، يكون مستعداً للإنفاق إن كان قد فرق لامتناعه .

وترى من هذا أن القانون قد أخذ من مذهب مالك رضى الله عنه ، إذ أنه فى كل موضع جرى الخلاف فيه بين الأئمة الثلاثة بشأن التفريق من حكم القانون متفقاً مع مذهب مالك ، فالتفريق طلاق رجعى ، وهو مذهب مالك خلافاً لأحمد والشافعى ، ويمهل المعسر شهراً وهو مذهب مالك ، وخالف الشافعى ، وأثبت التفريق حال غياب الزوج ومع الإعذار وإن أمكن وهو مذهب مالك ، وخالف الشافعى ، فقصر ذلك على ثبوت إعسار الغائب حيث هو مقيم ، ولم يشترط أحمد الإعذار والإمهال فى الغيبة القريبة .

فإذا أضيف إلى هذا أن ديباجة القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المشتمل

---

(١) راجع الشرح الكبير المالكى .

على هذه الأحكام نص فيها (١) على ما يفيد إقرار شيخ السادة المالكية ونائبها دون ذكر مذهب غيرهم ، فكان هذا دليلا على أن ذلك القانون من المذهب المالكى .

وإذا كان التفريق لعدم الإنفاق مأخوذاً من مذهب مالك ، فهو المصدر التاريخى له ويجب الرجوع إليه فى تفصيل مجمله ، وتقييد مطلقه ، وقد نص فى مذهب مالك على أن الرضا بالإعسار عند العقد يمنع التفريق بعد ذلك ، وهكذا كل مطلق ، وكل مجمل يفسر بمذهب مالك .

٢٩٦ — وقبل أن نترك الكلام فى هذا نشير إلى نقطتين :

(إحداهما) أن المحاكم الشرعية المصرية كانت تحاول تضييق نطاق التفريق لعدم الإنفاق ، ولذا لم تجز التفريق إذا كان ثمة كفيل يمكن استيفاء النفقة منه (٢) .

(الثانية) أننا نرى أن التفريق لعدم الإنفاق لم يكن إصلاحاً ، والأولى الرجوع إلى المعمول به ، من قبل وهو عدم التفريق ، وذلك لأنه إن كان الزوج ممتنعاً ظلماً مع القدرة ، فإكراهه على الإنفاق ممكن ، فالحبس من غير طريق هو أبغض الحلال إلى الله أولى ، وإن كان الزوج معسراً تعلم إعساره عند العقد ، فإن مالكا نفسه لم يجز التفريق ، وأبو حنيفة أجاز الفسخ لعدم الكفاءة عند جهلها بإعساره ، وإن طرأ الإعسار ، فإن الكريمة تأبى الافتراق عن زوجها ، وقد تزوجها موسراً فأعسر ، بل يتعاونان على شدائد الحياة ، وعلى ذلك لا يلجأ إلى طلب التفريق إلا غير الكريمات ، وذلك ما كان ، بل إنه اتخذ سبيلا للعبث بالحياة الزوجية ، فيكون الزوج معها يؤكلها ، ولكنها تتجه لغيره ، فتطلب الحكم بالتفريق لإعساره وتدعى الغيبة ، وهو لا يعلم ، ويصدر الحكم غيابياً ، وربما يكون كل ذلك وهو يعاشرها ، ومن أجل هذا وجدنا أكثر أحكام التفريق للإعسار غيابية .

---

(١) هذا نص الديباجة : « بعد الإطلاع على ما اتفقت عليه اللجنة المؤلفة من حضرات أصحاب الفضيلة شيخ الجامع الأزهر وشيخ المالكية ، ورئيس المحكمة العليا الشرعية ، ومفتى الديار المصرية ، ونائب السادة المالكية ، وغيرهم من العلماء » .

(٢) محكمة سنورس ٣٠ يناير سنة ١٩٢٦ .

فالتفريق لعدم الإنفاق غير صالح للبقاء ، والله سبحانه وتعالى هو الهادى إلى سواء السبيل

التفريق للعيب

٢٩٧ – التفريق للعيب فى الرجل قسمان : قسم كان معمولا به من قبل بمقتضى مذهب أبى حنيفة ، وهو التفريق للعيوب التى تتصل بقربان الرجل لأهله ، وقسم جاء به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، وزاد على ما كان معمولا به ، وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر ، كالجنون والجذام والبرص والزهرى ، ولنتكلم فى القسم الأول :

لقد أجاز أبو حنيفة وأبو يوسف التفريق للعيب المستحكم الذى يمنع التناسل بين الرجل والمرأة ، وذلك أن يكون عنيناً ، أو خصياً ، أو مجنوناً ، وإنما اقتصر الشيخان على هذه العيوب دون غيرها ، لأن الغاية من الزواج حفظ النسل ، فإذا لم يكن الرجل صالحاً لذلك فقد أصبح تنفيذ حكم العقد مستحيلا ، فلا جدوى فى بقائه ، ولأن البقاء مع ذلك ضرر بالمرأة لا يقبل الزوال ، ولا طريق للتخلص منه إلا بالتفريق ، فإن لم يطلق قام القاضى مقامه فى الطلاق ، ولأن الصحابة أجمعوا على جوازه ، ولا إجماع يكون منهم فى أمر إلا إذا كان له مستند من صاحب الشرع الشريف .

ولقد وافق سائر الفقهاء أبا حنيفة وصاحبه على ذلك ، وزاد محمد جواز التفريق للجذام بالزوج والبرص والجنون ، لأسباب قامت عنده فى هذه الأمراض ، وزاد غير محمد أمراضاً أخرى .

والأساس الذى بنى عليه الشيخان الاقتصار على العيوب التناسلية أن عقد الزواج لا يدخله خيار العيب ، ولكن لما كان العيب التناسلى فى الرجل يخل بالمقصود من عقد الزواج كان العقد غير صالح للبقاء فيطلق مختاراً أو غير مختار ، وغير هذه العيوب يتحقق معها المقصود من الزواج فى الجملة ، فلا يصح التفريق إلا ممن يملكه بالأصالة وهو الزوج ، ويشترط للتفريق فى

العنة (١) والجب والخصاء ثلاثة شروط .

(أولا) ألا تكون عالمة بذلك عند العقد . فإن علمت به عند العقد ورضيت فإنه ليس لها الحق فى طلب التفريق بسببه .

(وثانيهما) أن تطلب التفريق من القاضى ، ويثبت لديه تلك الأحوال المانعة .

(وثالثها) أن يحكم القاضى بالتفريق فلا تتم الفرقة إلا بحكم القاضى بالطلاق وقبلها لا يقع .

وتحقق الجب يكون بإثباته بطريق الإثبات فى مثله ، فإن ثبت فرق بينهما فى الحال ، أما العنة والخصاء فلا يحكم القاضى بالتفريق فيها بمجرد طلبها وثبوت عدم قبولها ، بل لابد من تأجيلهما سنة ويثبت أنه لم يقربها ، وذلك لأن عمر رضى الله عنه أجل التفريق سنة عندما طلبت امرأة التفريق ، لأن زوجها لم يقربها ، ولكى يتبين أنه لا يمكن أن يقربها ، فيثبت العيب المسوغ لها طلب التفريق ، ولأن السنة فيها الفصول الأربعة التى تختلف بالنسبة لها طبائع الناس ، فعساه يستطيع قربانها ، فى فصل دون فصل ، ولأن السنة جعلت غاية فى صبرها ، وإبلاء العذر الزوج شرعاً حتى لو غلب على الظن بعد انقضائها قرب شفائه ، ولو قال بعد مضى السنة أجلنى يوما واحدا لا نجيبه وتعتبر السنة القمرية ، وقيل تعتبر الشمسية لأن الفصول تقدر بها ، ولكن الراجح هو الأول ، ولا يحتسب من السنة كل مدة تغيب عنه فيها

وإذا انتهت السنة وأقر بأنه لم يقربها ، وأصرت على طلب التفريق فرق القاضى بينهما بطلقة بائنة ، وإن اختلفا فادعت هى أنه لم يقربها ، وادعى هو أنه قاربها فإن كانت ثيباً فالقول قوله بيمينه ، وإن كانت لا تزال بكراً فالقول قولها بيمينها ، وتعرف البكارة والثيوبة بشهادة امرأتين أو بمعرفة أهل الخبرة .

---

(١) العنة معناها أن يكون الرجل غير قادر على الدخول بالمرأة مع سلامة الأعضاء ظاهراً ، والجب قطع عضو التناسل ، والخصاء قطع الخصيتين ، ويؤجل الخصى كالعنين سنة كما هو مبين فى الأصل .

والتفريق لهذه العيوب يكون طلقة بائنة ، وتستحق المرأة المهر كاملا ، إن كان قد اختلى بها .

هذه هى العيوب المجمع فى المذهب على جواز التفريق بين الزوجين بسببها ؛ وقال محمد (كما نوهنا) يفرق بينهما للجنون والجذام والبرص لأن المعيشة مع هذه الأمراض لا تكون إلا بضرر ، ولأن تلك الأمراض تنتقل إلى الذرية ، ووجهة نظر الشيخين ما بيناه من أن الأصل فى عقد الزواج أنه غير قابل للفسخ وإنما ثبت التفريق فى عيوب التناسل بالزوج لأنها تخل بالمقصود الأول منه ، فهى عيوب لحقت موضوعه وأصل شرعته ، وامتنع تنفيذ العقد معها ، فصح إنهاؤه بسببها .

٢٩٨ — هذا مذهب أبى حنيفة ولا يزال معمولا به بالنسبة لعيوب التناسل التى ذكرناها وقد جاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بعيوب أخرى عرفها بأوصافها ، ولم يعينها بأسمائها .

وخلاصة ما جاء به أن الزوجة يكون لها حق طلب التفريق من الرجل إن ثبت أن به عيباً ، وقد اشترط فى العيب المثبت للتفريق ، وفى جواز طلبها ثلاثة شروط :

(أولها) أن يكون العيب مستحكما لا يمكن البرء منه ، أو يمكن ، ولكن بعد زمن طويل ، فإن كان المرض قريب الزوال فإنه لا يجوز لها طلب التفريق من أجله .

(ثانيها) ألا يمكن المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص ، والضرر عام يشمل ضررها وضرر نسلها ، وظاهر أنه يجب أن يكون ضرراً شديداً لا يمكن احتماله ، أو يبقى أثراً فى ذريتها .

ويستعان فى تحقيق هذا الشرط وسابقه بمعرفة أهل الخبرة من الأطباء إذ هم الذين يبينون مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناشئ عن الإقامة مع وجوده .

(ثالثها) ألا يثبت رضاها به مع العلم بذلك العيب ، فإن كان العيب قائماً وقت العقد وعلمت به عند إنشائه ، فليس لها أن تطلب التفريق ، وكذلك

إن لم تعلم به وقت العقد ثم رضيت به بعد العلم صراحة أو دلالة فليس لها طلب التفريق أيضاً ، ومثل ذلك إن طرأ العيب ، ورضيت به ، والفرقة بالعيب طلاق بائن ، ويكون بطلبها وحكم القاضي لها ، وقبل الحكم لا يكون فراق ، وأحكام الزوجية كلها تكون ثابتة ، حتى يكون الفراق (١)

٢٩٩ - هذه خلاصة ما جاء به القانون ، ولنتجه إلى فقه الموضوع :

اختلف فقهاء المسلمين بالنسبة للتفريق للعيوب ، فبعضهم منع ذلك في كل الأحوال ، سواء أكان العيب في الرجل أم كان العيب في المرأة ، وهؤلاء هم الظاهرية ، وقد زكى الشوكاني رأيهم في نيل الأوطار فقال : « ومن أمعن النظر لم يجد في الباب ما يصلح للاستدلال به على الفسخ بالمعنى المذكور عند الفقهاء » (٢) .

وابن القيم قد أجاز طلب التفريق من كل عيب مستحكم سواء أكان بالرجل أم كان بالمرأة ، لأن العقد قد عقد على أساس السلامة ولم توجد ، ولم يقتصر على عدد من العيوب عينها بأسمائها ، بل عرفها بأوصافها من غير عد وإحصاء (٣) .

---

(١) اشتملت على هذه الأحكام المواد التاسعة ، والعاشرة ، والحادية عشرة ، وهذا نصها :
المادة التاسعة - للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرورة كالجنون والجذام والبرص ، سواء أكان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به ، أم حدث بعد العقد ولم ترض به ، فإن تزوجته عالمة بالعيب ، أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها ، فلا يجوز التفريق .

المادة العاشرة - الفرقة بالعيب طلاق بائن

المادة الحادية عشرة - يستعان بأهل الخبرة في معرفة العيوب التي فسخ الزواج من أجلها .

(٢) راجع نيل الأوطار الجزء السادس ص ٢٩٩ ، وجاء مثل ذلك في الروضة الندية الجزء الثاني ص ٣٢ .

(١) قال ابن القيم في هذا المقام « وأما الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية » دون ما هو أولى منها أو مساو لها ، فلا وجه له ، فالعمى والخرس والطرش ، وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما ، أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات ، والسكوت عنها من أقبح التدليس والغش ، بل هو مناف الدين ، والإطلاق إنما ينصرف إلى السلامة فهي كالمشروط عرفاً ، وقد قال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب لمن تزوج امرأة ، وهو لا يولد له =

وبين هؤلاء المانعين والمجيزين بإطلاق كان جمهور الفقهاء ، فأبو حنيفة وأصحابه لم يجيزوا التفريق من القاضي لعيوب بالمرأة ، لأن الرجل بيده الطلاق ، وأجازوا التفريق لعيوب بالرجل أحصوها ، وحصرها الشيخان في الثلاثة الخاصة بالتناسل ، وقد ذكرناها ، وأضاف إليها محمد البرص والجنون والجذام ، كما بينا .

والأئمة الثلاثة أجازوا التفريق لهذه العيوب سواء ، أكانت بالرجل أم كانت بالمرأة ، فالجنون والجذام والبرص والعيوب المانعة من التناسل ، بأيهما كانت تجيز للآخر طلب التفريق .

وإذا كان الجذام والبرص لوحظ فيهما ما يترتب عليها من نفرة وضرر بالنسل ، فإنه يصح قياس ما عاثلهما ، وإن لم ينص عليه الأئمة .

وقد قال مالك إن الفرقة تكون طلاقاً بائناً ، وقال الشافعي وأحمد إنها تكون فسخاً ، لأن كل فرقة إن لم يوقعها الزوج تكون فسخاً ، أما الطلاق فلابد فيه من إرادة الرجل ، وحجة مالك أن كل ما يكون من الرجل أو بسبب منه يكون طلاقاً ، وإن التخلص من مضار هذا العيب لا يكون إلا إذا كان بائناً .

واختلف في اعتبار السكوت مع العلم بالعيب رضا ، فقد قال مالك والشافعي إنه يعتبر رضا . ولذلك ، إذا سكت بعد العلم مدة يمكن أن ترفع

= أخبرها أنك عقيم وخيرها . فماذا يقول رضى الله عنه في العيوب التي هذا عنده كمال بلا نقص والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ، ولا يحصل معه مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار ، وهو أولى من البيع ، كما أن الشرط المشروط في النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع ما ألزم الله ورسوله مغروراً قط ، ولا مغبوناً بما غربه وغبن به . زاد المعاد ج ٤ ص ٤٣ .

وترى أن كلامه في العيوب المقترنة بالعقد ، أما الحادثة بعده ، فلا يتأتى فيها هذا ، والله أعلم ، ولم يفرق بين عيوب الرجل وعيوب المرأة كالمذاهب الثلاثة ، وثمرة ثبوته بالنسبة للرجل أن التفريق يكون فسخاً عند أحمد والشافعي بدل أن يكون طلاقاً يحتسب عليه ، فلا يجب شيء من المهر ، وإن كان قبل الدخول ، وقد قال ذلك مالك أيضاً بالنسبة للمهر . وإن كان التفريق عنده طلاقاً بائناً ، وإذا كان التفريق بعد الدخول ، فإنه لا يجب مهر المثل عند مالك إن كان المسمى في العقد أكثر منه ، وكان العيب مقارناً للعقد ، لأن العقد كان على أساس السلامة .

فيها إلى القاضي ولم ترفع يسقط حقها ، وقال أحمد لا يعتبر رضا دلالة ، ولكن إن رضيت بالدخول مع العلم بذلك يعتبر ذلك رضا .

٣٠٠ — وإنه يلاحظ أن التفريق للعيب متفق مع مذهب مالك رضي الله عنه في الجملة وما اختلف فيه هو أنه عرف العيوب بالوصف ، ولم يعدها بالاسم كأكثر المالكية ، ولكنه اختلاف لا يمس الجوهر ، لأن كتب المالكية منها ما ذكر عدداً كبيراً من العيوب ، ومنها ما قلل العدد ، والأساس هو التخريج على العيوب المنصوص عليها ، فالقانون أيضاً ما تجاه أنه خرج على العيوب المنصوص عليها ، فالقانون قد اتخذ الوصف الذى اعتبر علة التفريق أساس التعريف بالوصف ، وغير ذلك فى هذا التفريق متفق مع مذهب مالك بالنص ، فالتفريق طلاق بائن فيهما .

وإذا كان التفريق للعيوب مأخوذاً من مذهب مالك ، فهو المصدر التاريخي يرجع إليه فى تفسيره ، فى تفصيل مجمله ، وتقييد مطلقة ، فمثلا نجد أن مذهب مالك اعتبر السكوت مدة يمكن الترافع بها رضاً مسقطاً للحق ، فيجب أن يكون ذلك من تفسير القانون فى الرضا دلالة ، وبذلك أخذ القضاة فى مصر ، ومذهب مالك فى المجنون ألا يفرق بينه وبين زوجه إلا بعد التأجيل سنة ، فيجب أن يكون ذلك عند تطبيق القضاة ، لأنه ربما يشفى بعد سنة ، وإن ذلك رأى عمر بن الخطاب فقد قال فى مجنون طلبت امرأته الفراق : أجلوه سنة فإن برأ وإلا فرق بينه وبين امرأته .

التفريق للضرر

٣٠١ — التفريق للضرر يكون بأن تتضرر الزوجة من البقاء على الزوجية ، ويكون ثمة سبب مادى يمكن الاستدلال منه على الضرر ، فيكون لها طلب التفريق لذلك ، والضرر الذى ذكر مسوغاً لطلبها التفريق أقسام ثلاثة :

أولها — أن يؤذيها بالقول أو الفعل إيذاء لا يليق بمثلها ويثبت ذلك .

وثانيها — أن يغيب عنها سنة فأكثر ، وتتضرر من غيابه .

وثالثها — أن يحكم عليه بالحبس ثلاث سنوات ، وتمضى عليها سنة تتضرر من غيابه عنها فيها .

وقد بين القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أحكام ذلك التفريق .

وخلاصة ما جاء بذلك القانون خاصاً بالتفريق للأذى بالقول أو الفعل بما لا يليق بأمثالهما ، أنها إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما ، ومن هما فى طبقتهما ، يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق بينها وبينه ، فإن أثبتت دعواها ، وعجز القاضى عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلقة بائنة ، وإن عجزت عن إثبات دعواها رفضها ، فإذا تكررت الشكوى والعجز عن الإثبات بعث القاضى حكمين ، رجلين عدلين من أهلهما إن أمكن ، وإلا فمن غيرهم من ذوى الصلات بهم ، ومن لهم خبرة بحالهما ، وقدرة على الإصلاح بينهما .

وهذان الحكمان يتعرفان أسباب الشقاق ، ويبذلان جهودهما فى إصلاح ذات البين بين الزوجين ، فإن تم انتهى الأمر على الوفاق .

وإن عجزا عن الإصلاح فعليهما أن يتعرفا من أى جانب كانت الإساءة ، فإن تبين لهما أن الإساءة من جانب الرجل ، أو من جانب الزوجين ، أو جهلت الحال لهما قررا التفريق بطلقة بائنة يحكم بها القاضى ، أما إذا تبين أن الإساءة من جانبها فإنه لا تفريق ، وترفض دعواها ، ولا تسمع من جديد إلا بإثبات كامل (١) .

---

(١) هذا ما نصت عليه المواد السادسة ، والسابعة ، والثامنة ، والتاسعة ، والعاشرة ، والحادية عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وهذا نصها :

٦ - إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق ، وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما ، فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ، ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين على الوجه المبين فى المواد ٧ ، ٨ و ٩ ، ١٠ و ١١ .

٧ - يشترط فى الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن له خبرة بحالها وقدرة على الإصلاح بينهما .

٨ - على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق ، ويبذلا جهدهما فى الإصلاح فإن أمكن الاتفاق على طريقة معينة قرراها .

٩ - إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وكانت الإساءة من جانب الزوج ، أو منهما أو جهلت الحال قرر القاضى التفريق بطلقة بائنة . =

ويلاحظ أن الحكمين يقرران ما يريانه ، والقاضى هو الذى يحكم بالطلاق أو الرفض على حسب ما يقررانه .

والطلاق الذى يقع يكون طلاقاً بائناً ، لأنه لا يزال الضرر إلا بذلك ، إذ لو كان له أن يراجع ما زال ضرره ، فلابد أن يكون بائناً .

وإذا اختلف الحكمان ، ورفعا أمر الاختلاف إلى القاضى أمرهما بمعاودة البحث عساهما يتفقان ، فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما ، ليمكن الوصول إلى الصلح بين الزوجين ، أو حل عقدة الزواج .

٣٠٢ — هذا هو حكم القانون ، وقد جاء فى المذكرة التفسيرية أن هذا الجزء من القانون من مذهب مالك رضى الله عنه ، وهذا حق ، فإن مذهب مالك رضى الله عنه قد اتسع لذلك ، ومثله مذهب أحمد بن حنبل رضى الله سبحانه وتعالى عنه ، ففيهما جواز التفريق للضرر ، وخالفهما فى ذلك أبو حنيفة والشافعى .

والمنصوص عليه فى مذهب مالك رضى الله عنه أن الزوج إن تعدى على زوجته بأن آذاها إيذاء غير سائغ له شرعاً ، ورفعت أمرها إلى القضاء وأثبتت الإيذاء زجره ، واكتفى بذلك إن أرادت البقاء ، وإن عجزت عن الإثبات وتكررت الشكوى أسكنها بين قوم صالحين ، وإذا ادعى كل واحد منهما إضرار الآخر به ، وعجز كل واحد منهما عن الإثبات وأشكل الأمر على القضاء بعث حكمين عدلين رشيدين من أهلها إن أمكن ، وإلا فمن غيرهما ، وأصلحا بينهما إن أمكن الإصلاح ، فإن لم يمكن الإصلاح كان لهما التفريق بخلع على المهر إن تبين لهما أن الأذى أو النشوز من جانبها ، وبغير خلع إن تبين لها أن الأذى من جانبه ، ويقدران الأمر إن جهلت الحال ، أو تبين أنه من جانبهما ، ويقع الطلاق ولو لم يطلب الزوجان أو أحدهما الطلاق .

والتفريق بعمل الحكمين فى هذه الحال يكون للشقاق فى ذاته ، وإن لم

= ١٠ — إذا اختلف الحكمان أمرهما القاضى بمعاودة البحث ، فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما .

١١ — على الحكمين أن يرفعا إلى القاضى ما يقررانه وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه .

يثبت الأذى ، وإن آذاها وأثبتت الإيذاء ، وطلبت التفريق بناء عليه طلق القاضى عليه ، وإثباتها الضرر يكون بالشهادة عليه ، وإن لم تكن الشهادة على تكراره وإن لم يستطع الإثبات رفضت دعواها فإن تكررت الشكوى ، حكم القاضى حكمين ليصلحا ، فإن لم يمكن الإصلاح طلقا بخلع على المهر ، إن كان الأذى من جانبها ، وتقدير مال مناسب إن كان الأذى من جانبهما ، أو جهلت الحال ، وبغير مقابل إن كان الأذى من جانبه ، والتفريق فى هذه الحال للضرر أو للشقاق معه .

وفى كلتا الحالين كان الحكمان عند تكرار الشكوى والعجز عن الإثبات :

والأصل فى بعث الحكمين قوله تعالى (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما) فقد فهم بعض الصحابة أن حق الحكمين مطلق فى الإصلاح والتفريق ، والقاضى يقضى بما يريانه ، ومن هؤلاء على بن أبى طالب ، وعبد الله بن عباس ، وقد أعلنا ذلك الرأى ، ولم يعرف له مخالف من الصحابة ، وإنه يتفق مع المأثور من أحاديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، إذ قال عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » ويتفق مع روح القرآن الكريم ونصوصه ، لأن الله تعالى يقول « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » وقد فات الإمساك بمعروف ، فتعين التسريح بإحسان .

هذه حجة الإمامين مالك وأحمد ، أما حجة غيرهما فهى أن الحكمين للإصلاح أوللتفريق ، وأن التفريق لا يكون إلا بتفويض من الزوج ، وأولوا ما ورد عن الصحابة ، بوجود التعويض ، ولأن ضرر الإيذاء يزال بالتعزير وعدم إجبارها على طاعته .

٣٠٣ — هذه آراء العلماء فى التفريق بسبب الإيذاء بالقول أو الفعل بما لا يليق بأمثالهما .

ومن الحق أن ننقل بعض ما جاء فى كتب المذهب المالكى الذى اعتبر مصدر القانون بنص المذكرة الإيضاحية .

لقد نقل عن مالك رضى الله عنه فى المدونة أن الحكمين يكونان إذا

حدث بين الرجل وامرأته ما لا يثبت ببينة ، ولا يستطيع القاضى أن يتخلص إلى أمرهما .

وجاء فى تفصيل عملهما فى المقدمات الممهدات لابن رشد أنه « إن تبين أن الضرر من قبل الزوج فرق بينهما بغير غرم تغرمه المرأة ، ويكون لها نصف صداقها ، إن كان ذلك قبل الدخول ، وجميعه إن كان بعد الدخول ، وإن تبين لهما أن الضرر من قبل المرأة أقراها تحته وائتمناه على غيبتها ، وأذنا له فى تأديبها كما أمر الله تعالى ، وإن تبين لهما أن كل واحد منهما مضر بصاحبه فرقا بينهما بغرم بعض الصداق ، نصفه إن كان إضرار كل واحد منهما لصاحبه متكافئاً ، وأكثر إن كان الإضرار منها أكثر ، وأقل إن كان الإضرار منها أقل » .

وجاء فى حاشية الخرشى أنه إن كانت الإساءة من الزوج أكثر تكون كإساءته منفرداً ، أى يفرق من غير أن تغرم شيئاً ، كذلك إذا ثبت أن الإساءة كانت من جانبها أشد تكون كإساءتها منفردة أى تغرم الصداق كله .

وقد اتفقت المصادر فى المذهب المالكى على أن الإساءة إن كانت من جانب الزوجة ، وكان رأى الحكمين التفريق قرراه خلعاً ، ولو لم يطلب الزوج ذلك ، إن تعينت المصلحة فى ذلك .

ونرى من هذا أن القانون قد أخذ من مذهب مالك حكم ما إذا كانت الإساءة من جانب الزوج ، ولم يأخذ بحكم ما إذا كانت من الزوجة ، وانحراف فى الحكم عن جادة التساوى ، لأنه فى حال التساوى فى الإساءة يكون بغرم نصف صداقها ، بينما القانون قرر التفريق من غير شىء .

وقد علل واضعو المذكرة الإيضاحية ذلك بقولهم : « رأت الوزارة أن المصلحة داعية إلى الأخذ بمذهب مالك من أحكام الشقاق بين الزوجين ما عدا الحالة التى تبين للحكمين فيها أن الإساءة من الزوجة دون الزوج ، لئلا يكون ذلك داعياً لإغراء الزوجة المشاكسة على فصم عرا الزوجية بلا مبرر »

وإن هذا التعليل غير مستقيم ، لأن مذهب مالك يجيز التفريق إذا كانت الإساءة من جانبها ، ويجعل الفرقة خلعاً ، أو تغرم بعض صداقها إن كانت

من جانبهما أى أنها تغرم فى سبيل هذا الفراق صداقها أو بعضه ، على حسب ما يرى الحكمان ، فهو لا يغرى المشاكسات بفصم عرا الزوجية بلا مبرر ، بل يضع أمامها عقوبة المشاكسة ، وفوق ذلك لا نفع فى بقاء امرأة نافرة من الحياة الزوجية مع الرجل ، فالبغض الشديد من جانبها هو نفسه مبرر من مبررات الفراق ، ما دامت ستدفع له ما أنفق فى سبيل هذا الزواج من نفقات .

هذا نقص فى القانون فى هذا الموضوع ، وهناك نقص آخر ، وهو أنه لم يأخذ بنظام التحكيم فى كل الدعاوى التى تكون بين الزوجين مع أن المقدمة التى ساقتها المذكرة الإيضاحية لتبرير ما اقتبسه من مذهب مالك توجب جعل التحكيم أساساً فى كل دعاوى الزواج ، لأن كل شقاق بينهما ناتج عن نفرة عارضة ، ويلبس لبوس دعوى النفقة أو الطاعة أو نحو ذلك ، والمذكرة قالت ذلك ، ففيها ما نصه : « الشقاق بين الزوجين مجلبة لأضرار كبيرة لا يقصر أثرها على الزوجين ، بل يتعداهما إلى ما خلق الله بينهما من ذرية ، وإلى كل من له بهما علاقة قرابة أو مصاهرة ، وليس فى أحكام مذهب أبى حنيفة ما يمكن الزوجة من التخلص ولا ما يرجع الزوج عن غيه ، فيحتال كل إلى إيذاء الآخر قصد الانتقام ، تطالب الزوجة بالنفقة ، ولا غرض لها إلا إحراج الزوج بتغريم المال ، ويطالب الزوج بالطاعة ، ولا غرض له إلا أن يتمكن من إسقاط نفقتها ، وأن تنالها يده ، فيوقع بها ما يشاء من ضروب العسف والجور ، فضلا عن هذا ما يتولد عن ذلك من إشكال فى تنفيذ حكم الطاعة ، وتنفيذ بالحبس لحكم النفقة ... »

وإن هذه المقدمة تفيد بلا ريب ضرورة بعث الحكمين عند أى شقاق بين الزوجين ، لا عند طلب التفريق للضرر فقط ، ولكن النتيجة التى انتهت إليها كانت هى التفريق لذلك فقط ، فكانت دون المقدمة ، والحق أن تحكيم الحكمين واجب عند كل خلاف بين زوجين ، وذلك نص القرآن الكريم « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ، إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما » ، وفى المشروع الذى وضعه المكتب الفنى لرياسة الجمهورية النص على جواز التفريق خلعاً ، إذا كانت الإساءة من جانب

الزوجة وطلب الزوج ذلك ، كما اقترح النص على أن من يطلق زوجته إذا وجدها فى حال تلبس بالزنى أو يثبت عليها ذلك فإنه يسقط مؤخر الصداق ، ولا تجب لها نفقة عدة .

٣٠٤ – التفريق للغياب : هذا هو النوع الثانى من التفريق للضرر ، لأن الزوجة كما تتضرر بإيذائها بالقول تتضرر بإيحاشها بالغياب عنها .

والتفريق للغياب هنا يثبت فى الغياب المعلوم حاله فيه ، وغير المعلوم حاله ، وقد اشترط للتفريق بالغياب أن تمضى سنة تتضرر فيها الزوجة ، فإذا مضت السنة فلها أن تطلب التفريق للتضرر من الغياب ، ولو ترك لها مالا تنفق منه ، فإن طلبت ذلك ، وكان غير معلوم ، أو فى مكان لا يمكن وصول الرسائل إليه فإن القاضى متى ثبت لديه الغياب ومضت السنة يطلق فى الحال ، وإن كان معلوم المكان ويمكن وصول الرسائل إليه يرسل إليه بأن تحضر لزوجته ، أو يضمها إليه ، ويضرب له أجلا ، ويبين له أنه إن لم يحضر فيه أو يضمها إليه يطلقها عليه ، فإن مضى الأجل ولم يفعل طلق عليه ، والطلاق يكون بائنا ، حتى لا يتمكن من المراجعة ، فيكون ذلك مواصلة لضرر .

ويلاحظ : (أ) أن الغيبة تقتضى أن يكون فى بلد آخر غير الذى تقيم فيه فإن كان فى البلد الذى تقيم فيه وتركها هذه المدة أو نحوها ، فإن التفريق فى هذه الحال يكون الضرر فيه من النوع الأول ، لأنه هجر قصد به الأذى فيفرق بينهما لأجله .

(ب) وإن السنة المحدودة هى السنة الهلالية ، لأنها مطلقة فى القانون ومذكراته غير مقيدة بكونها شمسية ، وعند الإطلاق تعتبر السنة الهلالية ، لأنها الأصل فى التقدير الإسلامى .

(حـ) وإن الغياب المجيز للتفريق هو الذى يكون بغير عذر مقبول ، أما إذا كان بعذر مقبول ، فلا تفريق لأنه لم يقصد بذلك الأذى (١) .

---

(١) هذه الأحكام هى ما نصت عليه المادتان الثانية عشرة والثالثة عشرة ، وهذا نصهما :
١٢ – إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضى تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده ، ولو كان له ما تستطيع الإنفاق منه . =

٣٠٥ – والتفريق للتضرر من الغياب هو مذهب مالك وأحمد ، لأن المرأة قد تقع فى جريمة دينية بإهمالها ، وتركها تعيش من غير عشير يؤنسها ، ولأن تركها وإقامته فى مكان بعيد الشقة لا يأخذها إليه مضارة لها ، ولا ضرر ولا ضرار فى الإسلام ، ولأن ذلك ليس إمساكا بمعروف ، فتعين التسريح بإحسان ، فإن لم يقم به قام القاضى مقامه فيه .

ولابد للتفريق بالغياب أن تمضى مدة تستوحش فيها الزوجة وتتضرر فعلا ، لأن الفرقة بسبب ذلك الضرر الواقع ، لا التضرر المتوقع فقط ، وقد جعل أحمد أدنى مدة يجوز أن تطالب التفريق بعدها ستة أشهر ، لأن عمر رضى الله عنه كان لا يجعل الجند يغيبون عن أزواجهم أكثر من ستة أشهر ، ولأنها أقصى ما تستطيع المرأة الصبر عليه من غياب زوجها ، وقد استفتى عمر فى ذلك السيدة حفصة .

أما مذهب مالك رضى الله عنه فقد اختلف فى الحد الأدنى للتضرر فقيل ثلاث سنين وقيل سنة ، وبهذا أخذ القانون ، وقد قالت المذكرة الإيضاحية إن ذلك الجزء من قانون سنة ١٩٢٩ مأخوذ من مذهب مالك ، ولكن يلاحظ أن مذهب مالك رضى الله عنه لم يشترط فى الغياب المسوغ للتفريق أن يكون بغير عذر مقبول ، وإن ذلك وإن كان غير موجود فى مذهب مالك هو موجود فى مذهب أحمد رضى الله عنه (١) .

والعذر المقبول كسفر لتجارة ، أو سفارة ، أو طلب علم أو نحو ذلك ، ولا يمكنه فيه أن يضم أهله إليه .

٣٠٦ – التفريق للحبس : هذا هو النوع الثالث من التفريق للضرر ، وهو مما جاء به قانون سنة ١٩٢٩ ، فإن المحبوس إذا كان محكوماً عليه بما

= ١٣ – إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له أجلا ، وأعذر إليه بأن يطلقها عليه ، إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه ، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ، ولم يبد عذراً مقبولا فرق القاضى بينهما بتطليقة بائنة ، وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضى عليه بلا إعذار وضرب الرجل .

(١) يلاحظ أن التفريق للضرر فسخ عند أحمد ، وطلاق بائن عند مالك ، وبذلك أخذ القانون كما ترى .

يقيد حريته مدة ثلاث سنين فأكثر ، فلها أن تطلب التفريق للضرر بعد سنة من حبسه ، والقاضي يحكم لها بذلك ويكون طلاقاً بائناً (١) .

ولقد قاس واضعو هذا القانون حال الحبس على حال الغياب ، لأنه غياب فعلا ، وفى أكثر الأحوال لا يكون فى البلد الذى يقيم فيه ، وقد اشترط مضى سنة تتضرر فيها كالغياب ، كما اشترط أن تكون مدة الحكم ثلاث سنين ، حتى تكون يائسة من عودة قريبة ، فيستحكم الضرر إن بقيت إلى نهاية المدة .

وإن التفريق بين المحبوس وزوجه هو المنصوص عليه فى فتاوى ابن تيمية الحنبلى ، فقد جاء فيها فى باب عشرة النساء ما نصه : « القول فى امرأة الأسير » والمحبوس ونحوهما ، مما يتعذر انتفاع امرأته به — إذا طلبت فرقته ، كالقول فى امرأة المفقود ، ولذلك نقول ما كان ثمة حاجة لقياس المحبوس على الغائب بحكم القانون ، بل يؤخذ بالنص من مذهب أحمد ابن حنبل .

إثبات الطلاق والاشهاد فيه

٣٠٧ — جمهور الفقهاء ، على أن الطلاق يقع من غير حاجة إلى إشهاد ، فحضور الشهود شرط فى صحة الزواج ، وليس شرطاً فى إنهائه ، وذلك لأنه لم يؤثر عن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين ، ولا عن النبي ﷺ اشتراط الشهود لوقوع الطلاق ، فاشتراطهم زيادة من غير دليل مثبت ، وعلى ذلك جرى جماهير المسلمين .

ولقد قال فقهاء الشيعة الإمامية الإثنا عشرية والإسماعيلية : إن الطلاق لا يقع من غير إشهاد عدلين ، لقوله تعالى فى أحكام الطلاق وإنشائه فى سورة الطلاق : (وأشهدوا ذوى عدل منكم ، وأقيموا الشهادة لله ذلكم يوعظ به من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ، ومن يتق الله يجعل له مخرجاً ، ويرزقه

---

(١) هذه الأحكام نصت عليها المادة الرابعة عشرة ونصها « لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب من القاضى بعد سنة من حبسه ، التطليق عليه بائناً للضرر ، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه » .

من حيث لا يحتسب) ، فهذا الأمر بالشهادة جاء بعد ذكر إنشاء الطلاق وجواز الرجعة ، فكان المناسب أن يكون راجعاً إليهما ، وإن تعليل الإشهاد بأنه يوعظ به من كان يؤمن بالله واليوم الآخر يرشح لذلك ويقويه لأن حضور الشهود العدول لا يخلو من موعظة حسنة يزجونها إلى الزوجين ، فيكون لهما مخرج من الطلاق الذى هو أبغض الحلال إلى الله سبحانه وتعالى .

إن ذلك معقول المعنى ، يوجبه التنسيق بين إنشاء الزواج وإنهائه ، فإن حضور الشاهدين شرط فى الإنشاء ، فيجب أن يكون شرطاً فى الإنهاء .

وإنه لو كان لنا أن نختار للمعمول به فى مصر لاخترنا ذلك الرأى ، فيشترط لوقوع الطلاق حضور شاهدين عدلين ، يمكنهما مراجعة الزوجين فيضيقا الدائرة ، ولكيلا يكون الزوج فريسة لهواه ، ولكى يمكن إثباته فى المستقبل فلا تجرى فيه المشاحة ، وينكره المطلق إن لم يكن له دين ، والمرأة على علم به ، ولا تستطيع إثباته ، فتكون فى حرج دينى شديد .

وقد قال الظاهرية لا يقع الطلاق إلا بعد إعلام الزوجة بالطلاق ، وعلى ذلك إذا طلقها وهى غائبة فله الرجوع فيما قال ، وذلك أمر حسن .

٣٠٨ – وإثبات الطلاق على حسب المعمول به الآن فى مصر يكون بكل وسائل الإثبات الشرعية فيثبت بالإقرار ، ويثبت بالنكول عن اليمين ، عند الصاحبين ، وبالبينة (١) ، وذلك كله إذا كان الخلاف فى حياة الزوجين.

---

(١) البينة المراد بها البينة الشرعية وهى التى تتكون من رجلين أو رجل وامرأتين ، ويجب أن يكونا مسلمين إذا كان المطلق مسلماً ، وقد كانت المحاكم الشرعية تسير على ذلك ، ولكن محكمة الاستئناف بطنطا قضت فى حكمها الصادر بتاريخ ٤ يونية سنة ١٩٥٧ بعدم التزام البينة الشرعية فى قضايا الطلاق ، سواء أكانت لإثبات وقوعه أم كانت لطلب الطلاق بحكم القاضى ، وبنت هذا الانطلاق على أن القانون رقم ٤٦٣ لسنة ١٩٥٥ قد ألغى من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الفصل الخاص بالإجراء ، ولم يبق منه إلا ما يتعلق بشهادة الاستكشاف والشهادة بالإيصال وبذلك يكون قد ترك الإثبات لقواعد قانون المرافعات تعطى القاضى سلطة واسعة فى غير الديون لتكوين عقيدته بالبينات غير مقيد فى تكوين هذه العقيدة بسنهم ولا جنسهم ولا دينهم ولا عددهم ، وبأن القضاء بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة الذى لا يزال باقياً خاص بالمسائل الموضوعية لا بالأمور التى تتعلق بإجراءات . =

. . . .

= وإنا لا نوافق على هذا الحكم لما يأتى :

أولا : لأن كون الشهادة لابد أن تكون باثنين كحد أدنى أمر جوهرى فى الإسلام فلا يصح أن ينزل إلى مرتبة الأمور الثانوية أو الإجرائية ، لأنه ثابت بنص القرآن إذ يقول الله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) وما نص عليه القرآن تكون مخالفته إلى أقل منه فى الحلال والحرام مخالفة للنظام الإسلامى العام ، وقضاء الأحوال الشخصية للمسلمين لا يزال خاضعاً لحكم الإسلام ، ولذلك لا يصح أن يعتبر نصاب الشهادة وكون الشاهدين مسلمين فى شئون الأسرة الإسلامية ليس أمراً موضوعياً ، وفوق ذلك لم يوجد نص صريح بإلغاء هذا النصاب ولا صفته وإن النص الملغى جاء التشديد لا للتساهل ، ذلك أن بعض الأمور المالية التى تزيد على عشرة جنيهات كان يقضى فيها بالبينة ، فجاء النص وشدد فى أن يكون الإثبات بالأوراق فهو مشدد لقيود الإثبات ، لا خافض ، وغريب ألا يقضى بأحد عشر جنيهاً بالبينة أو القرينة ويقضى فى الطلاق بشهادة واحدة .

ثانياً : أن الطلاق أخطر أمر يتعلق بالحياة الزوجية ، وهو أبغض الحلال إلى الله تعالى ، فلا يصح أن يترك أمر الإثبات فيه إلى مجرد التقدير الشخصى للقاضى ، بل لابد أن ينضم إلى التقدير الشخصى نصاب مقرر ثابت هو نصاب مقرر فى القرآن والسنة ، وأجمع عليه المسلمون من أقدم العصور إلى الآن ، وقانون المرافعات الذى أعطى القاضى سلطة التقدير لم يمنع النصاب ، وإن القاضى لابد أن يفرض فى تقديره الخطأ ، كما يفرض فيه الصواب ، والضمير القضائى يوجب أن يقيد نفسه بنصاب معلوم ليتحاشى الخطأ ما أمكن ، ولا يصح أن يتحمل وحده تبعة الإثبات ، بل يشرك معه مسوغاً من قانون السماء ، وإن أمر الطلاق فيه تحريم وتحليل ، ففيه تحريم امرأة على زوج وتحليلها لغيره ، وكل ما يتعلق به موضوعى لا إجرائى ، وفيه حق الله تعالى ، وقد نص الفقهاء على أنه إذا تصادق الزوجان على الطلاق فى وقت معين ، فإن العدة تثبت من وقت التصادق لا من وقت الوقوع وإثبات كل ما يتصل بالتحريم والتحليل موضوعى لا إجرائى .

ثالثاً : أن الطلاق أمر إسلامى تنفذ فيه الأحكام الإسلامية ، ويقتضى التنسيق القضائى والفقهى أن تتخذ المناهج التى سنها الإسلام لإثباته ، وإذا كان قضاؤنا يرجع إلى القانون الفرنسى والقضاء الفرنسى فى تخريج وتفسير قانوننا ، أفليس من الأولى ، ونحن نطبق حكماً إسلامياً خالصاً أن نتقيد بنصاب الإثبات من غير إخلال بالتقدير الشخصى ، وخصوصاً أن مسائل الطلاق كلها موضوعية لا شكلية فيها .

رابعاً : أن المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ عامة شاملة فى كل ما لم ينص عليه ، وتخصيصها من غير مخصص من النصوص تحكم لا يجوز ، وإن قاعدة تخصيص العام لا تسمح بالتخصيص بمجرد القياس ، أو الاستنباط الاجتهادى ، وخصوصاً إذا كان الاستنباط مخالفاً للقواعد المقررة فى الأمر الذى يكون موضوع النزاع ، ويخالف المقررات الثابتة فى المصدر التاريخى للقانون المطبق والله هو الموفق إلى الصواب ، والقانون رقم ٤٦٢ —

بيد أنه إن ثبت بالإقرار أو النكول عند من يراه لا يتعدى الإثبات طرفى النزاع ، ولذلك استظهر بعض الفقهاء أن العدة تثبت من وقت التصادق أو النكول ، لا من الوقت الذى أسند الطلاق إليه .

وإذا كان الخلاف على وقوع الطلاق بعد وفاة أحد الزوجين ، وكان وقوعه قبل سنة ١٩١١ فإنه يثبت بورقة خالية من شبهة التزوير ، وبالأولى يثبت بورقة رسمية ، أو ورقة مكتوبة كلها بخط المتوفى ، وعليها توقيعه .

وإذا كان الطلاق واقعاً فى الحوادث التالية لذلك التاريخ أى من سنة ١٩١١ فإن الطلاق لا يثبت إلا بورقة عرفية مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها توقيعه أو ورقة رسمية .

وإنما كان ذلك لأن دعوى الطلاق بعد وفاة أحد الزوجين تكون فى الغالب نزاعا على مال ، وما دامت نزاعاً على مال ، فإنه يأخذ حكم الوصايا فى النزاع عليها ، وهى لا تثبت بعد الوفاة إلا بورقة رسمية أو ورقة عرفية مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها توقيعه .

وكانت الحوادث الواقعة قبل سنة ١٩١١ معفاة من الإثبات بالورقة الرسمية أو المكتوبة كلها بخط المتوفى ، لأن لائحة سنة ١٨٩٧ كانت تجيز الإثبات بالورقة العرفية الخالية من التزوير ، فبقيت الحوادث التى وجدت فى ظلها على حكمها فكان الطلاق الذى لا يثبت إلا بورقة عرفية مكتوبة كلها بخط المتوفى ، وعليها توقيعه أو ورقة رسمية لا يكون إلا من وقت تطبيق اللائحة الجديدة ، والله سبحانه وتعالى هو الموفق .

= لسنة ١٩٥٥ ما منع التقيد بالنصاب فيما يتعين فيه النصاب شرعاً ، بل إنه زاد أمراً أشد من النصاب ، زاد أمراً آخر وهو الورقة فى الأمور المالية فهو موجب لأساليب ومانع كما أشرنا ، فهو أثبت القائم وزاد عليه بالنسبة للأموال والأوراق ، والدليل على ذلك أنه استثنى الإيصاء وشهادة الاستكشاف وهى أمور مالية ولكن مع الأسف أيدت محكمة النقض حكم محكمة الاستئناف بانية ذلك على أن موضوع القضية مأخوذ حكمه من مذهب مالك فلا يطبق مذهب أبى حنيفة فنقول ، وهل مذهب مالك يحكم بشهادة واحد فى الطلاق ! ! اللهم ، لا .

العـــــدة

٣٠٩ — العدة فى اصطلاح الفقهاء أجل ضرب لانقضاء ما بقى من آثار النكاح ، فإذا حصلت الفرقة بين الرجل وأهله لا تنفصم عرا الزوجية من كل الوجوه بمجرد وقوع الفرقة ، بل تتربص المرأة ولا تتزوج غيره ، حتى تنتهى تلك المدة التى قدرها الشارع .

وقد شرعت العدة (١) للإحداد على الزواج السابق ، فلا يصح للحرة الكريمة أن تتزوج فور طلاقها ، إذ يعد ذلك استهانة بالزواج الأول ، والعشرة التى قامت فيه ، وهى تستوجب الوفاء له .

(٢) وفوق ذلك فهى وقت مقرر لاستبراء الرحم ، والتأكد من استبرائه فإذا تزوجت زوجاً آخر يكون ذلك بعد الاستيثاق من فراغ الرحم .

(٣) وشرعت العدة أيضاً لأن الأصل فى الطلاق أن يكون رجعياً ، فلابد أن تكون لدى الزوج فرصة الرجوع إلى أهله ، فكانت العدة نحو ثلاثة أشهر تقريباً ليتمكن من مراجعة نفسه ، لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً .

وترى من هذا أن العدة تربص من جانب المرأة ، أما الرجل فلا ينتظر ، لأن له أن يتزوج وهى معه ، فأولى أن يكون له التزوج وهى فى العدة ، بيد أنها إن كانت هى الرابعة وقد طلقها ، فليس له أن يتزوج حتى تنتهى عدتها ، لأنه لا يجوز الجمع بين أكثر من أربع فى النكاح ، أو فى العدة ، ولذلك كان الرجل ممنوعاً من الزواج حتى تنتهى العدة ، ويتربص بمقدار عدتها (١) .

---

(١) هذه الحال التى يتربص فيها الزوج عن الزواج فلا يمكنه أن يتزوج أى امرأة حتى تنقضى العدة كما لا يمكن المرأة أن تتزوج أى رجل حتى تنتهى العدة ، ولقد أحصى ابن عابدين فى رد المختار نحو عشرين حالة يتربص فيها الرجل عن امرأة بعينها ، ومنها أنه ليس له أن يجمع بين المرأة وأختها حتى تنتهى عدة المرأة إن كان قد طلقها وأنه ليس له أن يتزوج مطلقته ثلاثاً إلا إذا تزوجت غيره ودخل بها حتى تنتهى عدتها بعد طلاق الثانى ، ومنها أنه إن كان متزوجاً حرة وطلقها فليس له أن يتزوج أمة ، حتى تنتهى عدة الحرة ، ونظرة فاحصة ترينا أن هذا ليس من قبيل تربص العدة ، لأن تربص العدة يقتضى ألا يتزوج من أى امرأة حتى تنتهى العدة ، وهذا الانتظار لأجل التزوج من امرأة معروفة بعينها أو وضعها لا من أى امرأة ، ولذلك قلنا أنه لا يتصور للرجل عدة إلا فى صورة الجمع بين أربع .

٣١٠ - والعدة تجب بالمتاركة فى العقد الفاسد والوطء بشبهة ، كما تجب بالعقد الصحيح ، بيد أنها فى العقد الفاسد والوطء بشبهة سببها الدخول ، فلا تثبت إلا بالدخول ، وتبتدىء من وقت المتاركة فى العقد الفاسد ، أو من وقت الموت (١) وأما فى الوطء بشبهة فإنها تبتدىء من آخر دخول بها .

والعدة فى الوطء بشبهة ، وفى العقد الفاسد تكون بثلاث حيضات إن كانت من ذوات الحيض ، وإلا فثلاثة أشهر ، وهذا كله إن لم تكن حاملا ، فإن كانت حاملا ، فالعدة بوضع الحمل ، فلا فرق فى تقدير العدة ونوعها إذا كانت الفرقة بينهما بالمتاركة أو الموت ، بل هى واحدة فى كل الأحوال ، فليس فى العقد الفاسد نوع خاص بالوفاة .

أما العدة فى العقد الصحيح فإنها تجب بالفرقة بعد الدخول أو الخلوة إن كانت الفرقة بغير الوفاة ، أما إذا كانت بالوفاة فإنها تجب بالعقد نفسه والوفاة ، ولذلك تجب فى حالة الوفاة ، سواء أحصل دخول أم لم يحصل ، لأنها تجب فى هذه الحال إحداداً على الزوج السابق (٢) ولا تجب فى الفرقة قبل الدخول والخلوة أى عدة ، لقوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ، فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » .

وابتداؤها فى العقد الصحيح من وقت وقوع الفرقة بالطلاق أو غيره ، ولكن إذا كانت الفرقة هى الطلاق ، وكانت لا تعلم بوقوعه ولم يقم بينة ثم أقر به وصدقته ، فإنها لا تبتدىء من التاريخ الذى ذكره ، بل تبتدىء من تاريخ الإقرار ، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر لا تتعداه ، والعدة حق الشارع ، فلا يسرى إقراره بالنسبة لها ، وعسى أن يكون التصادق بينهما لضياع حق من الحقوق ، كأن يقر لها بالطلاق ، وتصادقه وهو فى مرض

---

(١) العدة فى العقد الفاسد تبتدىء من آخر وطأة كالوطء بشبهة ، لأن السبب هو الوطء مع شبهة العقد ، وهو كالوطء بشبهة من غير عقد فلا تبتدىء العدة من وقت المتاركة أو من وقت الوفاة ، وذلك نظر له وجهته ، ولكنه غير المعمول به .

(٢) وقد أحصى بعض الفقهاء من تجب لها العدة فى النكاح الصحيح فكن ثلاثاً هن (١) المدخول بها . (٢) المختلى بها . (٣) المتوفى عنها زوجها ، سواء أحصل دخول أو خلوة أم لم يحصل شىء ، ويلاحظ أنه لا عدة فى نكاح الذميين عند أبى حنيفة ، وعليها العدة عند الصاحبين .

الموت ، لكي يوصي لها بأكثر من ميراثها ، وإن كان ذلك ممنوعاً بمقتضى مذهب جمهور الفقهاء .

وقد قال الزيدية إن العدة لا تبتدىء إلا من وقت إعلامها بالطلاق ، ولو أقام بينة عليه قبلها ، لأن العدة واجبة عليها . ولا يكون وجوب إلا بالإعلام ، والظاهرية كما قلنا لا يوقعون الطلاق ذاته من غير إعلان .

٣١١ - أنواع العدة : والعدة من الفرقة في النكاح الصحيح ثلاثة أنواع :

عدة بوضع الحمل ، وعدة بالإقراء ، وعدة بالأشهر .

فالعدة بوضع الحمل تكون لمن حصلت الفرقة بينها وبين زوجها ، وهي حامل سواء أكانت الفرقة بينهما بوفاة أم بغيرها ؛ لقوله تعالى : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » وهذا النص عام يشمل المعتدات من طلاق أو فرقة في حياة الزوجين ، كما يشمل المعتدات من وفاة الزوج (١) ولو لم يمض على الفراق إلا ساعة واحدة ، أو فلكة مغزل كما ورد في بعض الآثار .

وقد روى عن الإمام محمد في الأصل أنه قال لو ولدت والميت على سريره لم يدفن - جاز لها أن تتزوج .

وشرط الولادة التي تنهي العدة أن يكون ما وضعته قد استبان خلقه ، أو بعض خلقه ، فإن لم يستبن بأن أسقطت علقة أو مضغة - لم تنقض العدة ؛ لأنه إذا لم يستبن شيء من خلقه لا يعلم كونه حملا ، بل يحتمل أن يكون حملا ، ويحتمل أن يكون قطعة دم في رحمها ، والعدة لا تنتهي بالشك ، لأنها ثابتة من قبل بيقين ، والشك لا يزيل اليقين .

وبنزول أكثر الولد المستبين بعض خلقه تنتهي العدة ، لأن للأكثر حكم الكل ، ولذا كان المذهب الحنفي ، أنه لو نزل أكثره حياً ورث ؛ ولقد بنوا على ذلك أن المعتدة إن كانت مطلقة طلاقاً رجعياً ، وراجعها زوجها

---

(١) روى عن علي بن أبي طالب وابن عباس أن عدة المتوفى عنها زوجها الحامل تكون بأبعد الأجلين ، وضع الحمل ، أو أربعة أشهر وعشرة أيام .

بعد نزول أكثره ، وقبل تمام الوضع لا تصح الرجعة ؛ لأنها تكون بعد أن بانت .

٣١٢ – العدة بالأقراء : العدة بالأقراء تكون لمن وقعت بينها وبين زوجها الفرقة بغير الوفاة ، لقوله تعالى ، « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن » والأقراء فى مذهب أبى حنيفة وأحمد هى الحيضات ، وفى مذهب مالك والشافعى هى الأطهار التى تكون بين الحيضات ، والأصل فى ذلك أن لفظ القرء مشترك ، فهو يدل على الطهر ، وعلى الحيض ، ويحتملهما فى الآية ، وقد اختلف الصحابة فى المراد منه ، فبعضهم قال إنه الحيض ، وبعضهم قال إنه الطهر ، وقد اختار أبو حنيفة وأصحابه أنه الحيض فى الآية . لأنه الأنسب لمعنى العدة ودلالتها على براءة الرحم ، ولقوله سبحانه بعد ذكر القروء « ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن » ولأن النبى أطلق القرء وأراد منه الحيض فى قوله عليه الصلاة والسلام للحائض : « دعى الصلاة أيام أقرائك » ، ولأن الحيض أمر حسى مادى يمكن جعله علامة على مضى الأجل أو بعضه .

والعدة بالقروء تكون على ذلك للائى يرين الحيض فعلا ، فلا تكون للصغيرة التى لم تر الحيض ، أو الكبيرة التى بلغت بالسن . لم تر الحيض قط ، وتكون للآيسة التى انقطع حيضها ، وبلغت سن اليأس .

ومقدار العدة بالحيض هى ثلاث حيضات كاملات ، فلا تحتسب بعض الحيضة حيضة ، ولذلك لو طلقها فى أثناء الحيض ، وكان الطلاق بدعياً ، لا تنتهى عدتها إلا بعد ثلاث حيضات كوامل ، غير جزء الحيضة التى حصل فيها الطلاق .

٣١٣ – العدة بالأشهر : وهى قسمان أشهر قائمة مقام القروء ، وأشهر تثبت بالأصل ، وليست بدلا عن القروء ، أما العدة بالأشهر القائمة مقام القروء فتكون للائى لا يرين الحيض ، وتكون الفرقة بينهن وبين أزواجهن بغير الوفاة ، وهؤلاء هن اللائى لم يرين الحيض قط ، واللائى يئسن من المحيض أى بلغن سن اليأس ، ولا يرين الدم ، وذلك لقوله تعالى : « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ، واللائى لم يحضن »

وكانت ثلاثة الأشهر بمقتضى النص قائمة مقام ثلاث حيضات ، لأن الغالب بين النساء السليمات فى أجسامهن أن يحضن كل شهر مرة ، فثلاثة الأشهر تشتمل لا محالة على ثلاث حيضات ، أو مقدارها ، وأحكام الشرع كأحكام القوانين عامة تبنى على الغالب من أمر الناس . والآيسة هى من بلغت خمساً وخمسين سنة .

وقال بعض الفقهاء إن مثل هؤلاء من رأت الدم ، واستمر نزوله — وتسمى المستحاضة — وإن لم تكن تعلم أوقات حيضها من الشهر ، بأن كانت فى العشر الأولى : أو الثانية ، أو الثالثة وهكذا ، فإن كانت تعلم أيام عادتها ، كانت عدتها بالحيض ، وإن كانت لا تعلم أو لم تكن لها عادة منتظمة ، فإن عدتها تكون بثلاثة أشهر ، لأن تلك هى ثلاث حيضات عادة .

وقد قال فريق آخر من الفقهاء إن هذه تكون عدتها بسبعة أشهر ، ويرجح ذلك بعض المتأخرين ، احتياطاً لأمر العدة والنسب ، ووجه احتساب سبعة الأشهر أن تحتسب أكثر مدة الحيض ، وهى عشرة أيام فثلاث حيضات بثلاثين يوماً ، وتحتسب أربعة أمثال أقل الطهر وهو خمسة عشر يوماً ، وعلى ذلك يكون ثلاثة الأطهار بستة أشهر ، لأن كل طهر شهران .

والأول أظهر ، وإن كان الثانى عند فقهاء الحنفية أرجح .

٣١٤ — والعدة بالأشهر الثابتة أصلا من غير بدل عن غيرها هى عدة الوفاة إن لم تكن حاملا ، وهى أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً »

وقدرت العدة بهذه المدة ، لأن الشارع فرض أن هذه المدة أقصى ما تتحمله المرأة فى البعد عن الرجال ، ولذا من حلف على زوجة ألا يقربها أربعة أشهر تطلق عليه بعدها ، أو يفىء ، ولأن هذه المدة يظهر فيها لا محالة الحمل إن كانت حاملا ، إذ الحمل يظهر واضحاً جلياً فى ابتداء الشهر الخامس ، ولقد قال فى ذلك الكاسانى فى البدائع : « إن الولد يكون فى بطن أمه أربعين يوماً نطفة ، ثم أربعين يوماً علقة ، ثم أربعين يوماً مضغة ، ثم ينفخ فيه الروح فى العشر التالية فأمرت بالتربص هذه المدة ليستبين الحبل ، إن كان بها حبل » .

وتقدير العدة فى هذه الحال ، وفى الحال السابقة يكون بالأشهر القمرية ، إن صادف ابتداء العدة أو الشهر ، وقد يكون الشهر ثلاثين أو تسعة وعشرين وإن كان ابتداء العدة فى بعض الشهر اعتبرت العدة بالأيام ، أى يعد لكل شهر ثلاثون يوما ، وذلك للاحتياط ، إذ لو اعتبرت بالأشهر لنقصت ، ولأنه لما صادف ابتداء العدة بعض الشهر ، لا يمكن احتساب الشهر الأول بالهلال بيقين ، بل يعد بالأيام ، فيلغى اعتبار التقدير بالأهلة ، لأنه لا يقدر فى الأمر الواحد بتقديرين مختلفين .

وقال محمد ، وأبو يوسف فى قوله الأخير ، إن الشهر الأول يكمل بالأيام من الشهر الأخير . والباقى بالأهلة لأن التقدير بنص القرآن بالأشهر ولا يلغى اعتبارها إلا للضرورة وهى تقدر بقدرها ، فتقدر فى الشهر الأول ، ويكمل من الأخير .

٣١٥ — انتقال العدة : من تقدير إلى تقدير ، قد تبتدىء المعتدة العدة بنوع من أنواعها ، كان هو المتفق مع حالها وقت ابتدائها ، ثم يعرض أن تتغير حالها فيتغير نوع عدتها ، ويتغير تبعاً لذلك تقديرها .

وتغير العدة من نوع إلى نوع قسمان (أحدهما) انتقالها من الأشهر إلى الحيض ، (والثانية) انتقالها من الحيض إلى الأشهر .

أما القسم الأول : وهو تحولها من الأشهر إلى الحيض فيكون فى حالتين :

(إحداهما) من كانت عدتها بثلاثة أشهر ، لأنها لم تر الدم أصلا ، إما لصغرها أو لبلوغها بالسن وعدم رؤيتها لحيض ، وهذه تعتد بالأشهر ، فإذا رأت الدم قبل أن تنتهى الأشهر الثلاثة فإنها تستأنف العدة من جديد ، وتعتد بالحيض ، ولو كانت قد قضت أكثر العدة بالأشهر ولم يبق إلا القليل وذلك لأن العدة بالأشهر كانت بدلا عن الحيض ، فإذا أمكن الأصل زال اعتبار البدل .

(والثانية) حال اللائى يئسن من المحيض ، فابتدأت عدتها بالأشهر ، ثم رأت الدم فى أثناء العدة ، فإنها تستأنف عدتها من جديد بالحيض ، ويلغى اعتبار الزمن السابق ، لأن العدة بالأشهر كانت بدلا من الاعتداد بالحيض

وقد وجد الأصل ، ومن جهة أخرى قد تبين أن تقدير اليأس لم يكن صحيحاً إذا ظهر الدم (١) .

أما القسم الثانى من انتقال العدة ، فهو انتقالها من الأقراء إلى الأشهر ، وتلك تكون فى حالين أيضاً .

(إحداهما) حال المطلقة إذا توفى زوجها فى أثناء العدة ، فإنها إن كانت مطلقة طلاقاً رجعياً ، وكانت غير حامل ، فإنها تبتدىء عدتها بالأقراء . فإذا مات زوجها تحولت إلى عدة الوفاة ، سواء أكان طلاقها فى حال مرض الموت ، أم لم يكن ، وتستأنفها من جديد لأن المطلقة طلاقاً رجعياً تعتبر زوجة وينطبق عليها قوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ، ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » إذ الطلاق الرجعى لا ينهى الزواج فى الحال بل بعد انتهاء العدة ، وقد اعتبرت فى كل الأحكام زوجة ، بدليل أنها ترث من زوجها إذا مات وهى فى العدة .

أما إذا كان الطلاق بائنا فإنها لا تتحول عدتها ، إذا لم يعتبر فاراً بطلاقها فإن عدتها تستمر بالأقراء ، أو بثلاثة الأشهر التى تقوم مقام الأقراء .

وإن اعتبر زوجها فاراً ، ومات فى عدتها ، وورثت ، تعتد بأبعد الأجلين عدة الوفاة أو الأقراء . أى أنها لكى تعتد عدة وفاة ، لابد أن تكون فيها نهاية ثلاثة الأقراء ، فإن لم تنته فيها امتدت بعدها ، وذلك لأن الطلاق لما

---

(١) جاء فى البدائع أن ذلك هو تخريج أبى الحسن الكرخى ، وقد قال فيه القدورى « إن ما ذكره أبو الحسن هو ظاهر الرواية ، إذ لم يقدروا للاياس تقديراً بل هو أن يكون على غالب ظنها أنها آيسة ، لأنها لما رأت الدم دلت على أنها لم تكن آيسة وأنها أخطأت فى الظن فلا تعتد بالأشهر بعد علمها . وأما على الرواية التى وقتوا فيها للإياس وقتاً ، إذا بلغت ذلك الوقت ، ثم رأت بعده الدم لم يكن ذلك الدم حيضاً كالدم الذى تراه الصغيرة التى لا تحيض مثلها ، وكذلك ذكر الجصاص « أن ذلك الوقت الذى ظنت أنها آيسة ، وأما الآيسة ببلوغها سن الإياس فما ترى من الدم لا يكون حيضاً » .

وخلاصة الموضوع أن الآيسة فى ظاهر الرواية من يغلب على ظنها عدم نزول الحيض فى المستقبل من غير تقدير سن ، وهذه إذا اعتدت بالأشهر ثم رأت الدم تنتقل إلى الأقراء . وأن غير ظاهر الرواية يجعل لليأس سناً هو الخامسة والخمسون سنة . وما تراه من الدم بعده لا يكون حيضاً فلا تتغير العدة برؤيته .

كان بائناً ، فقد مات عنها والزوجية ليست قائمة ، وذلك يقتضى أن تكون عدتها بالأقراء فقط من غير نظر إلى غيرها ، ولكن لأنها ورثت وجب اعتبار الزوجية قائمة ، إذ هى سبب الميراث ، فكان من العمل بالاعتبارين جعل عدتها بأبعد الأجلين .

هذا قول أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف تعتد عدة الطلاق فقط ، ولا تتحول إلى وفاة ، ولا تعتد بأبعد الأجلين ، لأن الزوجية قد انقطعت . وثبوت الميراث كان للضرورة ، ليرد عليه قصده الحرمان من الميراث ، فاعتبار الزوجية قائمة لأجل الميراث ضرورة ، لا يقتضى اعتبارها قائمة بالنسبة للعدة .

(الحال الثانية) المعتدة من طلاق إذا اعتدت بالأقراء ، ثم لم تر الدم ، فإنها إن يئست من المحيض بأن بلغت سن اليأس تستأنف العدة من جديد ، وتعتد بالأشهر ، وذلك لأنه لما تعذر الاعتداد بالأصل ، أو صارت فى حال يأس ، وبلغت سن اليأس ، فإنها تعتد بما يقوم مقام الأقراء ، وهو الأشهر .

٣١٦ - وكان بمقتضى القاعدة السابقة أن من لا ترى الحيض بعد رؤيته تستمر فى العدة حتى تبلغ سن اليأس ، وتعتد بثلاثة أشهر ، فإذا انقطع حيضها فى الثلاثين فإنها تنتظر معتدة إلى الخامسة والخمسين ، وأن ذلك بلاشك فيه إرهاق لها ، وقطع السبيل عليها ، وإرهاق للزوج باستمرار الإنفاق عليها .

وفوق ذلك كان من لا دين لهن من المعتدات يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن فينكرن الحيض ، وهو لا يعلم إلا من جهتها ، ويأخذن النفقة مدعيات بقاء العدة ، فكان لابد من علاج لهذا الأمر يمنع الحرج عن الزوجة والارهاق عن الزوج ، إن كانت صادقة ، ويمنع الاستمرار فى الكذب إن كانت كاذبة ، لذلك عالج ولى الأمر فى مصر تلك الحال فى قانون سنة ١٩٢٠ بالاقتباس من مذهب مالك رضى الله عنه ؛ وخلاصة ما جاء به أن المعتدة بالأقراء إن مضت عليها سنة بيضاء انتهت عدتها ، فإن رأت الدم فى سنة لا تنتهى العدة بمرورها ، فإن مرت سنة بيضاء تالية انتهت عدتها ، فإن رأت الدم مرة فيها لا تنتهى عدتها ، حتى تجىء الثالثة ، فتنتهى العدة بمرور سنة

كاملة بيضاء . أو بالحيضة الثالثة ؛ وهذا كله إذا كانت المرأة فى حال معتادة لا رضاع فيها فإن كانت فى حال رضاع ؛ فإن مدة الرضاع لا تحتسب ؛ بل لا ينظر ذلك النظر إلا بعد انتهاء الرضاع (١) .

والأصل فى ذلك ما روى عن عمر رضى الله عنه من أنه أفتى فيمن تحيض مرة أو مرتين ثم ينقطع حيضها أنها تنتظر تسعة أشهر ، فإن لم تر الدم فيها فإنها تعتد بثلاثة أشهر ، وعلى ذلك إذا لم تر الدم فى هذه الأشهر الثلاثة انتهت العدة فإن رأته انقضت العدة بالأشهر وتحولت إلى الحيض ، ولذلك تنتهى بسنة بيضاء ، وإلا انتظرت الثانية وهكذا ...

كان هذا هو العلاج الأول ؛ ولكنه لم يقطع السبيل على الكاذبات ، ولم يمنع إرهاق الأزواج لأنها فى حال الرضاع تستطيع استدرار النفقة بالكذب مدة خمس سنين ، سنتان للرضاع ، وثلاث بعدها ، وفى غير حال الرضاع تستطيع ابتزازها ثلاث سنوات كاملة بادعاء الحيض كل مرة فى العامين الأولين ، وإنكاره فى الثالث .

ولهذا اتجه ولى الأمر إلى علاج ثان ، وهو منع سماع دعوى النفقة للمعتدة لأكثر من سنة كاملة ، وبذلك جاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وبنى ذلك على ما لولى الأمر من الحق فى تخصيص القضاء ، ولم يبنه على رأى فقهى ، لأن الآراء الفقهية عند جمهور الفقهاء كلها مبنية على أساس ألا ترى الدم فى مدة العدة ، حتى الظاهرية الذين جعلوا عدتها ثلاثة أشهر عندما يغلب على الظن أنه لا يجىء الدم ، فرفضوا ذلك إذا لم تر الدم فى مدة العدة ، والكاذبات اللائى يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن ليأخذن أكبر ما يمكن من

---

(١) هذا ما نصت عليه المادة الثالثة الملغاة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وهذا نصها :

« من تأخر حيضها بغير رضاع تعتبر عدتها بالنسبة للنفقة بسنة بيضاء لا ترى فيها الحيض ، فإن ادعت أنها رأت الدم فى أثنائها ، أخرت إلى أن ترى الدم مرة أخرى أو يمضى عليها سنة بيضاء ، وفى الثالثة إن رأت الدم انقضت عدتها ، وإن لم تره تنقض عدتها بانتهاء السنة ، فإن كانت مرضعاً وحاضت فى أثناء الرضاع – اعتدت بالأقراء ، وإن تأخر حيضها مدة الرضاع كان الحكم فى تأخر حيضها هو ما تقدم . وفى الحالين لا تسمع دعواها أن لها عادة الحيض لأكثر من سنة .

النفقة يدعين رؤية الدم فى العدة مرة ، أو مرتين ليقطعن السبيل إلى إنهاء العدة سريعاً .

ولقد جاء فى المذكرة التفسيرية التى صحبت القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أنها بنت هذا التقدير على ما ثبت من تقرير الطبيب الشرعى من أن أقصى مدة الحمل سنة ، وعلى أن لولى الأمر حق منع القضاة من سماع بعض الدعاوى التى شاع فيها التزوير والاحتيال ، فوضعت الفقرة الأولى من المادة ١٧ .

ويلاحظ أن السنة هنا شمسية ، وقدرت بخمسة وستين وثلاثمائة يوم .

ويلاحظ أن ذلك التقدير كان بالنسبة للنسب ، كما كان بالنسبة للنفقة ، فلا تسمع دعوى النسب لولد المعتدة إذا أتت به بأكثر من ٣٦٥ يوماً بل تمنع بناء على تقدير الطبيب الشرعى سواء أكانت معتدة من طلاق أم كانت معتدة من وفاة ، وهذا يخالف مذهب الحنفية الذى يسمع دعوى النسب لمدة سنتين كما سنبين إن شاء الله تعالى .

٣١٧ — ويلاحظ كما قلنا أن تقدير عدة المطلقة بأن أقصاها سنة إنما يكون ذلك من أحكام القضاء عند النزاع فى نفقة ، أو ثبوت نسب ، وأثره فى منع سماع الدعوى ، لا فى الحكم بانتهاء العدة أو بقائها ، وبالنسبة لحل تزوجها بزوج آخر ، فإن الأمر فى ذلك ترك إلى دينها مع ملاحظة أقل المدة التى يصدق فيها قولها بانتهاء العدة . فلا تصدق إذا ادعت انتهاء العدة ، ولم تمض هذه المدة .

٣١٨ — الطريق لمعرفة انقضاء العدة : إذا كانت المعتدة حاملا ، فإن عدتها تنتهى بوضع الحمل ، وسواء أكان سبب العدة الوفاة أم غيرها ، وإذا كانت غير حامل وكانت العدة عدة وفاة فإنها تنتهى بانتهاء أربعة الأشهر وعشرة الأيام ، وإن كانت معتدة من طلاق ، وتعتد بالأشهر فتنتهى بانتهاء الثلاثة الأشهر .

أما إن كانت تعتد بالأقراء فإن معرفة انتهاء العدة يكون إخبارها فى مدة تحتمل انقضاء العدة ، واختلف فى أقل ما تصدق به المعتدة بالأقراء فقال أبو حنيفة إن أقل ما تصدق به هو ستون يوماً ، لأنه يقدر أنه طلقها فى أول

الطهر وأقل الطهر خمسة عشر يوماً ، ثم ثلاث الحيضات يقدر لها متوسط الحيض وهو خمسة أيام يتخللها ثلاثة أطهار يقدر كل طهر بأقل الطهر ، فيكون ثلاثة أطهار بخمسة وأربعين يوماً ، وخمسة عشر يوماً للحيضات الثلاث ، فيكون المجموع ستين يوماً .

وقال الصاحبان : أقل المدة للمعتدة بالأقراء تسعة وثلاثون يوما ، بأن يقدر أنه طلقها فى آخر الطهر ، ويقدر أقل مدة للحيض ، وهى ثلاثة أيام وأقل مدة للطهر ، وهى خمسة عشر يوماً . فثلاث حيضات بتسعة أيام يتخللها طهران بثلاثين ، فيكون المجموع تسعة وثلاثين يوماً .

٣١٩ - إن العدة كانت لإنهاء آثار النكاح السابق فتتعلق بها حقوق وأحكام منها :

(أ) ثبوت النسب فى العدة ، فإذا أتت بولد فى أثناء العدة ، ثبت نسبه من الزوج السابق ، ولكن لا تسمع الدعوى به بمقتضى قانون سنة ١٩٢٩ إذا أتت به لأكثر من ٣٦٥ يوماً إلا إذا ادعاه الزوج ، فإن الدعوى تسمع على أساس هذه الدعوى ، لا على أساس فراش الزوجية .

(ب) ميراثها ، إذا توفى أحد الزوجين فى أثنائها إذا كان الطلاق رجعياً ، وأما إذا كان الطلاق بائنا ، فانه لا يرث الحى إلا إذا اعتبر الميت بإحداثه الفرقة فاراً من الميراث ، كأن تفسخ الزواج فى مرض موتها ، وتموت فى العدة .

(ج) ولا يصح أن يتزوج محرماً لها ، وهى فى العدة ، كما لا يصح أن يتزوج خامسة ، وهى فى العدة كذلك .

(د) ولزوم المعتدة من طلاق ، بيت الزوجية ، ولا تخرج منه ، لقوله تعالى « لا تخرجوهن من بيوتهن ، ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » فسمى سبحانه وتعالى خروجهن من بيت الزوجية فاحشة مبينة ، ولكن ذلك إذا كانت المعتدة من فرقة فى الحياة تعتد من زواج صحيح ، أما إذا كانت تعتد من دخول فى عقد فاسد ، فإنها تخرج من بيته ، إذ لم يكن له عليها حق طاعة ، ولا أى حق من حقوق الزواج الصحيح ، والقرار فى البيت من آثار حق الطاعة فى الزواج الصحيح .

(هـ) الحداد على الزواج الصحيح السابق ، بألا تتزين ، وذلك فى العدة من وفاة بالإجماع . وفى العدة من طلاق بائن عند الحنفية خلافاً للشافعية .

(و) عدم حلها لزوج أجنبى على ما هو مبين فى المحرمات ، وعدم جواز خطبتها تعريضاً لا تصريحاً ، وإن كانت معتدة من وفاة على ما تقدم فى الخطبة .

وأما المطلق ، فانها تحل له إذا لم يكن الطلاق مكملا للثلاث ، ولم يكن ما يوجب التحريم ، بل إنه إن كان الطلاق رجعياً تحل له المراجعة من غير عقد ، وإن طلقها بعد المراجعة تستأنف عدة جديدة ، سواء أدخل بها أم لم يدخل ، لأن الزواج لم ينته بالطلاق الرجعى الأول ، فاذا راجعها فقد استدام النكاح ، فإن طلقها بعد ذلك فإنها تبتدىء عدة جديدة ، لأن ذلك كان طلاقاً بعد دخول فى زواج واحد ، والعدة مستندة إلى الطلاق الثانى ، لا الطلاق الأول ؛ فتبتدىء من وقته .

وإذا كان الطلاق بائنا وتزوجها ثم طلقها بعد الدخول فيه استأنفت عدة جديدة ووجب لها مهر كامل غير المهر الأول ، وإن كان الطلاق قبل الدخول فقد اختلف أئمة المذهب الحنفى ، فقال زفر لا عدة عليها ، ولها نصف المهر لأن الطلاق الأول قد زال أثره من حيث العدة بالزواج بعده ، فإذا طلقها ثانيا قبل الدخول فى هذا الزواج الثانى ، فإنه لا تثبت عدة ، إذ لا سبب يوجبها ، وهذا نظر فاسد ، يؤدى إلى التحايل ، لإبطال العدة وهى حق الشارع والولد ، وتستبعد صحة نسبته إلى زفر .

وقال محمد يجب نصف المهر ، وتكمل العدة الأولى ، أما وجوب نصف المهر فلأن الطلاق الثانى كان قبل الدخول الذى انتهى به . فلم يوجد ما يؤكد المهر كله ، فسقط نصفه ، وأما تتميم العدة الأولى فلأنها تثبت بالطلاق الأول ، وقد كان بعد الدخول ، والزواج الثانى لم يلغها بالن. ة للغير ، لأنها حق الله وحق الولد لبراءة الرحم ، وجاز زواجه منها ، لأنه لا منافاة بين هذه الحقوق ، وبين زواج المطلق منها ، فإن طلقها ثانياً قبل الد.. ل بقى حق الله وحق الولد ثابتين فيكملها .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف يجب لها مهر كامل ، وتستأ . عدة

جديدة ، وذلك لأنه لما تزوجها فى أثناء العدة ، والزواج الأول لم ينته من كل وجه ، كان الزواج الثانى استمراراً للزواج الأول ، إذ يكون كالرجعة فى الطلاق الرجعى ، والطلاق بعد الرجعة من غير الدخول يوجب عدة جديدة ، فكذلك هذا ، ثم لما كان الزواج الثانى استمرارا للزواج الأول ، اعتبر الدخول فى الأول دخولا فيه ، فوجب لذلك مهر كامل ، والقول الراجح فى المذهب هو قول الشيخين هذا ، والقول الراجح فى الدليل عندى قول محمد ، وأما القول المنسوب لزفر فهو قياس فاسد يحلل ما حرم الله ونسبته إليه .

٣٢٠ - نفقة المعتدة : تجب نفقة المعتدة إذا كانت الفرقة من زواج صحيح ، وكانت الفرقة بطلاق من الزوج أو من القاضى بسبب كان من قبل الزوج ، أو كانت الفرقة فسخاً ، وكان الفسخ من قبل الزوج ، أو كان من قبل الزوجة ، ولكن بسبب لا معصية فيه ، كاختيارها نفسها بخيار الإفاقة بعد الدخول بها ؛ فنى هذه الأحوال تجب النفقة .

ولا تجب النفقة فى ثلاث أحوال من العدة :

(الحالة الأولى) إذا كانت من دخول فى عقد فاسد ، أو من وطء بشبهة ، لأن النفقة غير واجبة فى هذا العقد ، فلا تجب فى آثاره .

(الحالة الثانية) إذا كانت العدة من وفاة - فإنه لا تجب النفقة للمعتدة ، لأن النفقة تجب على الزوج ، وقد مات ، فليس ثمة من تجب عليه تلك النفقة ، إذ الوارث لا خلافة له فى ذلك الوجوب .

(الحالة الثالثة) إذا كانت الفرقة بسبب فسخ كان بمعصية الزوجة ، لأن الجريمة لا تثبت حقاً من الحقوق ، والزوجية قد أنهتها بمعصيتها .

هذا ويلاحظ أن النفقة تجب من عدة الإيلاء ، واللعان ، وإباء الزوج الإسلام ، وارتداد الزوج وغير ذلك كله مما هو داخل فى القسم الأول .

٣٢١ - ووجوب النفقة للمعتدة من طلاق رجعى موضع اتفاق ، أما المعتدة من طلاق بائن أو ما فى معناه ، فقد اتفقوا على أنها إن كانت حاملا فلها النفقة لقوله تعالى : « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن ، حتى

يضعن حملهن » ، أما غير الحامل ، فقد قال الشافعى إنه ليس لها إلا السكنى لقوله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » وقال ابن أبى ليلى ليس لها السكنى ، ولا أى نوع من أنواع النفقة ، لأن وجوب النفقة بحق الزوجية ، وقد زالت ، ولأن النبى ﷺ لم يفرض لفاطمة بنت قيس نفقة وقال لها : « لا نفقة لك ولا سكنى » وقد كانت مبتوتة .

ولكن الحنفية قالوا : إن عموم قوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته » يشمل المطلقات جميعاً ، سواء أكان الطلاق بائناً أم كان رجعياً ، فلا يخصص عام القرآن إلا بدليل قطعى ، ولم يوجد ذلك الدليل .

والمعمول به مذهب الحنفية ، ويلاحظ أن نفقة العدة كنفقة الزوجية تثبت ديناً بمجرد الامتناع مع الوجوب ، وإذا صارت ديناً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء على حسب المعمول بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .

القســـم الرابع

حقــوق الأولاد

٣٢٢ – حقوق الأولاد وهم ثمرة الزواج – تثبت من وقت الولادة ، وبعضها على الأب وحده ، وبعضها عليهما ، وبعضها واجب على الوالدين وبعضها حق لهما .

وأول ما يثبت للأولاد من حقوق ، هو ثبوت النسب ، وهو حق للولد ، وللأب ، ثم يكون حق للتربية ، ويشترك فى هذا الحق الثابت الأب بالإنفاق ، والأم بالرضاعة والحضانة عند تعينها لها ، ثم إذا تجاوز الولد سن الحضانة ثبتت عليه الولاية على النفس منفردة . وتكون للعصبات .

وإذا كان له مال ، فلابد أن يكون له من يدير أمواله ، ويحافظ عليها ، فكان لابد من الكلام فى كل هذا ، ولنبدأ منها بالكلام فى ثبوت الحقوق .

(أ) ثبوت النسب

٣٢٣ – قبل أن نبين أحوال ثبوت النسب نذكر قواعد ثلاثاً تبنى عليها تلك الأحكام .

(أولاها) أن أقل مدة للحمل هى ستة أشهر ، وذلك لأنه روى أنه رفع إلى عمر أن امرأة ولدت لستة أشهر ، من وقت زواجها ، فهم عمر رضى الله عنه بإقامة الحد عليها ، فقال له على رضى الله عنه ، ليس لك ذلك ، قال الله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » وقال تعالى : « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » فحولان وستة أشهر ، فخلى عمر رضى الله عنه سبيلها . ويروى أن الذى قال له ذلك هو ابن عباس ، وهذا رأى الأئمة الأربعة وغيرهم من الفقهاء .

وأما أقصى مدة الحمل فقد اختلف فيها ، فقال مالك خمس سنين ، وقال الشافعى أربع ، وهو رأى عند المالكية ، ورأى الحنابلة ، وعن أحمد أن أقصى مدة الحمل سنتان وهو رأى الحنفية ، لما روى أن عائشة رضى الله عنها

قالت لا تزيد المرأة عن السنتين فى الحمل . وقال محمد بن الحكم إن أقصى مدة الحمل سنة قمرية ، وقال الظاهرية أقصى مدة الحمل تسعة أشهر ، ولا يزيد على ذلك .

والحق فى هذه القضية أن هذه التقديرات لم تبن على النصوص ، بل على ادعاء الوقوع فى هذه المدد ، وإن الاستقراء فى عصرنا الحاضر لا يجد من الوقائع ما يؤيد التقدير بخمس ، ولا أربع ، ولا سنتين ، وإنما الوقائع تؤيد التقدير بتسعة أشهر ، وقد يوجب الاحتياط التقدير بسنة ، ورجح بعض الفقهاء المتقدمين ذلك . فقد قال ابن رشد : وهذه المسألة الرجوع فيها إلى العادة والتجربة ، وقول ابن الحكم والظاهرية هو الأقرب إلى المعتاد » .

ولقد كان العمل بمقتضى مذهب أبى حنيفة ، وهو اعتبار أقصى مدة الحمل سنتين ، ولكن جاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فعد أقصى مدة الحمل سنة شمسية (٣٦٥) بالنسبة لسماع دعوى نفقة العدة ، وسماع دعوى النسب كما تقرر ذلك بالنسبة لثبوت الإرث للحمل ، وثبوت الوصية له .

وهذا قريب من مذهب الحكم ، وليس هو النص ، لأن السنة عند ذلك الفقيه المالكى هلالية ، ولأن الأساس عنده ألا يثبت النسب ، إن جاء الولد بعدها ، لا ألا تسمع الدعوى فقط .

(القاعدة الثانية) أن السبب فى ثبوت النسب الفاسد هو الدخول الحقيقى ، وإذا لم يثبت دخول حقيقى لا يثبت النسب ، ومتى حصل دخول وجاء الولد بعده بستة أشهر فأكثر ، فإن النسب يثبت ولا يقبل النفى والمدة تبتدىء من وقت الدخول ، لا من العقد لأن سبب النسب هو الدخول مع الشبهة ، ومن فهم أنها تبتدىء من وقت العقد ، فقد رتب على عقد فاسد حقوقاً شرعية ، وإذا كانت معتدة من نكاح فاسد ، فإن نسب الولد يثبت منه إلى سنة شمسية ، وتسمع الدعوى فى هذه المدة بمقتضى قانون سنة ١٩٢٩ ؛ ومثل ذلك الوطء بشبهة من كل الوجوه .

أما العقد الصحيح فقد اتفق الفقهاء على أنه السبب فى ثبوت نسب الولد الذى يولد فى أثناء قيام الزوجية ، ولكنهم اختلفوا فى اشتراط الدخول أو إمكان الدخول ، فقال أبو حنيفة إن العقد الصحيح وحده سبب فى ثبوت

نسب الولد ولو لم يلتق الرجل بالمرأة قط ، فلو كانت هي في أقصى المغرب وهو في أقصى المشرق وتزوجا بالمراسلة ، ثم أتت بولد ، فإنه يثبت نسبه منه ولو لم يتلاقيا بعد العقد قط .

وقال أحمد في قول ، والشافعي ومالك ، إن العقد الصحيح سبب لثبوت نسب ما تأتي به في أثناء قيام الزوجية أو العدة إذا كان الدخول ممكناً ، فإذا ثبت أنه غير ممكن كالزواج بين المغربية والمشرقي كما ذكرنا ، فإن النسب لا يثبت . وكذلك إذا ثبت أنهما لم يتلاقيا قط ، ولم يكن في الإمكان تلاقيهما .

وقد اختار شيخ الإسلام ابن تيمية أن النكاح الصحيح سبب لثبوت النسب بشرط الدخول الحقيقي ، وقال ، إن أحمد رضي الله عنه أشار إليه في رواية حرب ، فإنه نص في روايته فيمن طلق امرأته قبل البناء وأتت بولد فأنكره ، فقد قال إنه ينتفي عنه بغير لعان (١) .

ولاشك أن أوسط هذه الأقوال هو أعدلها .

وقد كان العمل بمذهب أبي حنيفة رضي الله عنه ، ولكن قانون سنة ١٩٢٩ اختار العمل بالمذهب الوسط تقريباً فمنع عند الإنكار سماع دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من وقت غيبة الزوج عنها ، والسنة هي أقصى مدة الحمل التي قررها ذلك القانون ، وهي سنة شمسية كما جاء فيه .

(القاعدة الثالثة) أن الزنى لا يثبت نسباً ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش وللعاهر الحجر » ولأن ثبوت النسب نعمة ، والجريمة

---

(١) وذلك لأن شرط اللعان أن يكون الرمي بنفي النسب أو الزنى لا دليل عليهما ، وإتيانها بالولد قبل أن يبني بها دليل زناها على هذه الرواية وقد رجح ذلك الرأي ابن القيم ، فقد قال بعد ذكر الأقوال الثلاثة في القول الثالث : « هذا هو الصحيح المجزوم به وإلا فكيف تصير المرأة فراشاً ، ولم يدخل بها الزوج ولم يبن بها إلا لمجرد مكان بعيد وهل يعد أهل العرف واللغة المرأة فراشاً قبل البناء بها ، وكيف تأتي الشريعة بإلحاق نسب من لم يبن بامرأته ولا دخل بها ولا اجتمع بها بمجرد إمكان ذلك ، وهذا الإمكان قد يقطع بانتفائه عادة ، فلا تصير المرأة فراشاً إلا بدخول محقق » راجع زاد المعاد الجزء الرابع ص ١٦٦ .

لا تثبت النعمة ، بل يستحق صاحبها النقمة . والزنى الذى لا يثبت نسباً هو الفعل الخالى من أى شبهة مسقطة للحد ، فإذا كان ثمة شبهة تمحو وصف الجريمة أو تسقط الحد فقط ، فإن النسب يثبت على الراجح فى الحال الثانية ، وبالإجماع فى الأولى . ولكن إذا ادعى شخص نسب ولد يولد مثله لمثله ، وكان مجهول النسب ثبت نسبه عند الحنفية ، بشرط ألا يذكر أنه ولده من الزنى فإن ذكر ذلك لا يثبت ، وإن أبهم يثبت النسب من كل الوجوه ، ويسمى ذلك ثبوت النسب بالدعوى .

وفى مذهب مالك أن ثبوت النسب بالدعوى لا يكفى فيه ألا يذكر أنه من زنى بل لابد ألا يعرف كذبه بقرينة . بأن يكون الولد مثلا لقيطا ، ولم يبين مدعى نسبه وجها معقولا ، أو كانت أم هذا الغلام زوجة لغيره ، وإن لم يثبت نسبه من زوجها بأن نفاه ، أو يكون ذلك الغلام محمولا من أرض ، ولم يعرف أن ذلك المدعى دخل هذه الأرض .

ولقد قال سحنون وابن القاسم وغيرهما « إذا علم أن الغلام لقيط لم يثبت فيه دعوى نسب لرجل إلا ببينة . بخلاف ما إذا ادعت نسبه امرأة ، فإن أشهب قال إنه يقبل قولها ، وإن ادعت أنه من الزنى ، لأن ولد الزنى يثبت نسبه من أمه وإن كان لا يثبت نسبه ممن زنى بها » (١) .

والعمل بالنسبة لهذه المسألة على مقتضى مذهب أبى حنيفة ، ولكن المفكرين الآن يميلون إلى الأخذ بمذهب مالك ، وقد ظهر الميل فى قانون الوقف الصادر سنة ١٩٤٦ ، فقد جاء فى المادة — ٢١ — منه « أن إقرار الواقف أو غيره بالنسب على نفسه لا يتعدى إلى الموقوف عليهم إن دلت القرائن على أنه متهم فى هذا الإقرار » .

وذلك بلا ريب اتجاه إلى المذهب المالكى ، وإنه قد آن الأوان للأخذ بذلك فى الميراث والوصايا والتحريم ، وسائر الأبواب التى تبنى على ثبوت النسب ، لتكون الأحكام كلها على نسق واحد ، وإذا كان الأساس واحداً .

٣٢٤ — هذه هى القواعد التى تبنى عليها أحكام الأحوال المختلفة فى ثبوت

---

(١) راجع المدونة جـ ٨ ص ٤٨

النسب ، سواء أكان ذلك وقت قيام الزوجية أو فى العدة منها ، أم كان بسبب الدخول مع الشبهة فى عقد فاسد أو غيره .

فإذا كان سبب النسب دخولا بشبهة ، وأتت بالولد حياً لأقل من ستة أشهر من وقت الدخول لا يثبت النسب ، لأنه ثبت يقيناً أنها كانت حاملا به قبل الدخول فلا يثبت منه ، وإن أتت به بعد ذلك فإن النسب يثبت ، ولا يقبل النفى ولو باللعان ، لأن اللعان إنما يكون حيث تكون الزوجية الصحيحة قائمة ، لقوله تعالى فى آية اللعان ، « والذين يرمون أزواجهم ، ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم » فاللعان خاص برمى الرجل زوجه ، والمعقود عليها فى نكاح فاسد ، لا تسمى زوجة بحال من الأحوال .

والمعتدة من دخول بشبهة فى عقد أو غير عقد حكمها من حيث ثبوت النسب حكم المعتدة من طلاق فى زواج صحيح ، وسنبين ذلك عند الكلام فى ثبوت نسب ولد المعتدة .

٣٢٥ - لا يثبت النسب إذا أتت بالولد حال قيام الزوجية لأقل من ستة أشهر ، إلا إذا ادعاه ولم يقل إنه من زنى ، ويثبت حال الزوجية الصحيحة إذا أتت به لستة أشهر فأكثر من وقت الزواج بثلاثة شروط .

الشرط الأول - أن يكون الزوج يتصور منه الحمل ، فإن كان صغيراً لا يتصور منه الحمل لا يثبت ، لأن هذه قرينة قاطعة على أن الحمل ليس منه ، وقد اتفق على ذلك الأئمة ، ولأن الشرط الأساسى لأى نسب أن يولد مثل الولد لمثل من ينسب إليه ، ولا يكون ذلك إذا ولد المولود ، والزوج صغير .

الشرط الثانى - ألا ينفيه ، فإذا نفاه نفياً معتبراً ، فإن عليه أن يلاعن ، والنفى المعتبر ألا يسبق منه ما يدل على الإقرار بالولد ، فإذا صدر عنه ما يدل على الإقرار الصريح أو الضمنى بالنسب ، فإن النفى بعد ذلك لا يعتبر ، لأن النسب إذا ثبت بالإقرار لا يقبل النفى بعد ذلك ، ومن الإقرار الضمنى إعداده معدات الولادة ، وقبوله التهنئة ونحو ذلك ، ومن الإقرار الصريح أن يقر بأن الحمل منه قبل ولادتها ، إذا كانت المدة بين الإقرار والولادة أقل من ستة أشهر ، لأن الإقرار فى هذه الحال يكون وارداً على الولد الذى ولدته فلا يقبل نفيه بعد ذلك .

والخلاصة أنه لا يتم نفي الولد إلا بشرطين - أولهما - ألا يسبق منه إقرار به - وثانيهما - أن يلاعن ، وقد علمت اللعان وحقيقته آنفاً ، فإذا تم اللعان انتفى نسب الولد عنه في الأمور التي ليست حقاً لله سبحانه وتعالى . أما ما هو حق الله سبحانه وتعالى كأن يكون حراماً على من نفاه وأولاده ، فإن الحرمة تثبت مع هذا النفي احتياطاً لحق الله سبحانه وتعالى . وقد بينا ذلك في اللعان .

الشرط الثالث - ألا يثبت أنه لم يلاق زوجته مدة سنة ولدت فورها ، أو يثبت أنه لم يلتق بها قط ، فإنه في هذه الحال لا تسمع دعوى النسب ، ولو أتت به لأكثر من ستة أشهر من وقت الزواج ، فإذا لم يلق زوجته قط ، وأتت بولد لأي مدة كانت أو التقت به ثم غاب عنها مدة سنة أتت بعدها بولد فإنه لا تسمع دعوى ذلك عند إنكاره .

وهذا الشرط لم يكن في الفقه الحنفي ، بل إنه مما أتى به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وهو لم ينف النسب إن لم يتحقق ذلك الشرط ، بل منع سماع الدعوى عند الإنكار فقط ، ولذا جاء في المذكرة التفسيرية لهذا القانون ما نصه .

« وبما أنه يجوز لولي الأمر أن يمنع قضاته من سماع بعض الدعاوى التي يشاع فيها التزوير والاحتيال ... » ودعوى نسب ولد من زوج لم يتلاق مع زوجته في وقت ما ظاهر فيها الاحتيال والتزوير ، ولذلك وضعت المادة ١٥ من هذا القانون .

ولقد كان يمكن أن يبنى ذلك الرأي على مذهب مالك ، أو الرواية التي رواها حرب عن أحمد ، واختارها ابن تيمية ، ولا يثبت النسب مطلقاً فلا يكتفى بمنع سماع الدعوى ، وهذا بالنسبة للزوجة التي لم تلاق زوجها ، أما بالنسبة لمن غاب عنها سنة ، فإنه يؤخذ برأي محمد بن عبد الحكم مع التخريج على مذاهب الأئمة الشافعي ، ومالك ، وأحمد ، الذين يشترطون إمكان الدخول لثبوت النسب .

٣٢٦ - ثبوت النسب حال العدة : إذا أتت المعتدة بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الزواج لا يثبت نسبه إلا إذا ادعاه ، وعدم ثبوته من غير دعوى

لأن نزوله حياً قابلا للحياة قبل ستة أشهر من الزواج يدل على أنها كانت حاملا به قبل الزواج ، ولكن يصح ادعاؤه بدعوى . ككل مجهول النسب بشرط ألا يصرح بأنه من زنى ، كما هو مذهب أبي حنيفة . والحكم كذلك إذا أتت به لأقل من ستة أشهر من وقت الدخول في النكاح الفاسد أو الوطء بشبهة ، لثبوت أنها كانت حاملا به قبل وجود النسب .

وإذا اتت به لستة أشهر فأكثر من وقت الزواج فهنا يختلف الحكم باختلاف العدة .

فإن كانت معتدة من طلاق ، وهي من ذوات الأقراء فإن أقرت بانقضاء عدتها ولم تر حملا ، جاءت بولد بعد ذلك ، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ، فإن النسب يثبت ، لثبوت كذبها في إقرارها بيقين . إذ تبين أنها وقت ذلك الإقرار كانت حاملا بيقين . فيثبت نسب ما تأتي به ، وتكذب في إقرارها . وإن جاءت به لستة أشهر فأكثر من وقت الإقرار لا يثبت نسبه ، لعدم القطع بكذبها . إذ الإقرار يؤخذ به ما لم يوجد دليل قاطع على الكذب ، ولم يقم ذلك الدليل (١) .

وإن كانت لم تقر بانقضاء عدتها ، فإن كان الطلاق بائناً ، فإن أتت به لأكثر من سنتين من وقت الطلاق لا يثبت نسبه ، لأن أقصى مدة الحمل سنتان ، فإذا أتت به لأكثر من المدة ، فهي لم تكن حاملا به وقت الطلاق بيقين ، فلا يثبت النسب ، وإن أتت به لسنتين فأقل ثبت نسبه ، هذا مذهب أبي حنيفة .

والمعمول به الآن هو القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وقد منع سماع دعوى النسب لأي معتدة من وفاة أو طلاق . إن جاءت بالولد لأكثر من سنة شمسية (٣٦٥ يوما) وبنى ذلك على تقرير الأطباء أن الولد لا يمكث في بطن أمه أكثر من ٣٦٥ يوماً .

---

(١) ذكر في البدائع أن الشافعي قال ، إذا أقرت بانتهاء عدتها ثم جاءت بولد لتمام ستة أشهر فأكثر يثبت نسبه مالم تتزوج وما لم تنته المدة المقررة لأقصى الحمل حفظاً لحق الصبي ، إذ إقرارها حجة عليها ولا يمس حق الصبي .

وإذا كان الطلاق رجعياً . فما لم تقر بانقضاء عدتها ، فإنه يثبت النسب فى أى زمن تجىء به ما لم تتحول عدتها إلى أشهر ، وتعتد بالأشهر ، وذلك مبنى على أن له أن يراجعها ، وأن الطلاق الرجعى لا يزيل الملك ، ويحتمل أنه راجعها والنسب يثبت عند الحنفية بهذا القدر من الاحتمال وبثبوته تثبت الرجعة .

هذا مذهب الحنفية ، وقد علمت أن القانون ، لا يسوغ سماع دعوى النسب إذا أتت به لأكثر من (٣٦٥ يوما) من وقت الطلاق أياً كان نوعه .

ومثل ذوات الأقراء فى الحكم المعتدة بالأشهر الثلاثة إن كانت آيسة لأن حملها بعد ذلك دليل على أن عدتها بالأقراء ، وأن الحكم بأنها آيسة كان خطأ فى التقدير .

أما إذا كانت لم تحض قط ، فإن ادعت حملا فى أثناء العدة ، فإن كان الطلاق بائناً ، فإنها تصدق إلى سنتين فى مذهب أبى حنيفة بخلاف المعمول به كما ذكرنا .

وإن كان الطلاق رجعياً يثبت النسب من غير مدة ، وتفرض المراجعة وقد علمت أن المعمول به غير ذلك .

وإن لم تدع حملا ، ولم تقر بانقضاء عدتها ، فعند الطرفين لا يثبت النسب إلا إذا أتت به لأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق ، لأن عدتها بالأشهر الثلاثة وتنتهى بانتهائها . ما لم يثبت يقيناً أنها قبل انتهائها كانت حاملا ولا يكون ذلك إلا إذا ولدت لأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق .

وعند أبى يوسف يثبت إن أتت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق ، إن كان بائناً ، لأنها إذا كانت حاملا قبل مضى مدة الحمل ، فقد تبين أنها كذات الأقراء ، وإن كان الطلاق رجعياً تصدق إذا أتت به لأقل من ٢٧ شهراً ، لأنه يحتمل أنه راجعها فى أثناء العدة ، وحملت بأقصى مدة الحمل ، وهى سنتان ، ومثل هذا الاحتمال يكفى لثبوت النسب .

وإن كانت قد أقرت بانتهاء عدتها لمدة الأشهر الثلاثة ، فإنه لا يثبت النسب إلا إذا أتت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار لتبين كذبها .

هذا كله إذا كانت المعتدة من طلاق . والمتاركة فى النكاح الفاسد كالطلاق البائن فى كل هذه الأحكام . وكذلك الوفاة إذا كانت الفرقة بالوفاة فى النكاح الفاسد ، أما إذا كانت معتدة من وفاة فى نكاح صحيح ، فإن ادعت حملا ، فإنها تصدق إلى سنتين . على مذهب أبى حنيفة ، والمعمول به أنه لا تسمع الدعوى ، إذا جاءت بأكثر من ٣٦٥ يوماً على مقتضى قانون سنة ١٩٢٩ .

وإن لم تدع حملا فإنها لا تطلق إلا إذا أتت به لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام من وقت الوفاة ، لأن العدة تنتهى بأربعة أشهر وعشرة أيام ما لم يثبت يقيناً أنها كانت حاملا قبل انتهائها ؛ ولا يتبين ذلك إلا إذا أتت به لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام من وقت الوفاة كما علمت .

٣٢٧ — وخلاصة القول بالنسبة لثبوت نسب المطلقة والمتوفى عنها زوجها أنها إذا كانت معتدة من طلاق أو وفاة . فإنه لا تسمع دعوى ثبوت النسب عند إنكاره ، وإلا إذا كانت قد أتت به مدة ٣٦٥ يوماً من وقت الطلاق أو الوفاة .

وعلى ذلك إذا أقر المدعى عليه بثبوت النسب فإنه تسمع الدعوى ، ولو كانت لأكثر من ذلك .

ويثبت النسب من غير إقرار ما دامت الولادة فى دائرة المدد المقررة فى الفقه ، فيثبت النسب إذا كانت المدة المقررة فى الفقه الحنفى دون السنة ، ويبطل ادعاؤه فى أكثر منها ، وترفض الدعوى ، لا لمظنة التزوير ، بل لمخالفة الأحكام الفقهية .

وإن كانت المطلقة لا عدة لها ، فلا يثبت نسب ما تأتى به ، إلا إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق ، لأن ستة الأشهر أقل من مدة الحمل ، فإذا جاءت به حياً قابلا للحياة لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق ، فإن هذا يكون دليلا على أنه كان فى بطن أمه وقت الطلاق . وأنها حملت به على فراش الزوجية الصحيحة فيثبت النسب ما لم يثبت بدليل قاطع أنه لم يلتق بها قط ، فإنه فى هذه الحال لا تسمع الدعوى به عند الإنكار تطبيقاً للقانون .

هذا ويلاحظ أمران :

(أحدهما) أنه إذا ثبت أن الولد قد ولدته لأقل من ستة أشهر من الزواج فإنه لا يثبت نسبه إن كان من ولدته طلقت قبل الدخول ، كما لم يثبت في غيرها .

(ثانيهما) أن المعتدات إن أتين بولد ثبت أنه جاء بعد غيبة الزوج عنها سنة ، فإنه لا تسمع الدعوى عند الإنكار بمقتضى قانون سنة ١٩١٩ .

٣٢٨ — إثبات الولادة والمولود : إذا اختلف الزوج مع زوجته في الولادة أو المولود بأن ادعت الولادة في وقت معين ، وأنكر هو حدوثها أو ادعت أن المولود هو ذلك الولد وأنكر فإنه يكفي في إثبات ما ينكره الزوج شهادة القابلة (١) وذلك لأنه روى أن النبي ﷺ أجاز شهادة القابلة من غير اشتراط العدد ، ولأن الولادة حادثة لا يعاينها في غالب أحوالها إلا القابلات ، ويتعذر أن يحضر رجال الولادة ويندر أن يحضرها نساء كثيرات .

ولو كان يقر بالولادة والمولود ، ولكن ينكر النسب فإنه يلاعن على ما بينا ما دامت الزوجية قائمة .

هذا إذا كانت الزوجية قائمة ، فإن كانت معتدة من طلاق أو وفاة وجاءت بولد فأنكر الزوج أو ورثته الولادة فإن لم يكن الزوج ، أو الورثة أقروا بالحبل ولم يكن ظاهراً لا مجال لإنكاره ، فإن الولادة لا تثبت إلا بشهادة كاملة عند أبي حنيفة رجلين أو رجل وامرأتين ، لأن النكاح قد انقطع بجميع علائقه بانقضاء العدة بالولادة ، فيكون القضاء بالولادة وهي أجنبية ، ودعوى ثبوت نسب أجنبي لا تثبت إلا بشهادة كاملة (٢) .

---

(١) الاكتفاء بخبر القابلة هو مذهب أبي حنيفة وأصحابه ، ووافقهم أحمد بن حنبل ، واشترط مالك وابن أبي ليلى شهادة امرأتين ، واشترط الشافعي شهادة أربع من النساء ، ليكون نصاب الشهادة كاملا .

(٢) يستفاد من هذا أنه لا فرق بين المعتدة من طلاق بائن أو وفاة ، وبين المعتدة من طلاق رجعي ، هذا ما صرح به قاضيخان ، وفخر الإسلام البزدوي ، وهناك تخريج آخر : وهو أن الخلاف بين الإمام والصاحبين إنما هو في الطلاق البائن دون الرجعي وعليه سار شمس الأئمة السرخسي ، فالمعتدة من طلاق رجعي تكفي شهادة القابلة في ولادتها كحال قيام الزوجية تماماً .

وقال الصاحبان تثبت الولادة بشهادة القابلة ، وذلك لأن النكاح آثاره باقية فى عدة الطلاق والوفاة ، ووقت الولادة لم تكن أجنبية ، فهى قد ولدته على فراش النكاح الصحيح فيكتفى بشهادة القابلة كحال قيام الزوجية .

وإن كان قد سبق إقرار بالحمل (١) أو كان الحمل ظاهراً لا سبيل لإنكاره ، فقد قال أبو حنيفة : القول قولها فى الولادة من غير حاجة إلى شهادة قابلة ، بل يكتفى بيمينها .

وقال الصاحبان يكفى إخبار القابلة على مقتضى مذهبهما دائماً .

وإن كان الاختلاف فى المولود لا فى الولادة فالاتفاق بين الإمام والصاحبين على أنه تكفى شهادة القابلة .

ولا سبيل لنفى النسب ، لأن اللعان لا يكون إلا حال قيام الزوجية . ولا يكون فى العدة .

٣٢٩ — ثبوت النسب بالدعوى : تكلمنا فيما مضى على إثبات النسب فى أثناء فراش الزوجية ، وفى العدة وفى النكاح الفاسد ، والوطء بشبهة وفى كل الصور السابقة كان ثمة سبب قد ارتبط النسب به ، وفى بعض هذه الصور كان النسب يثبت من تلقاء نفسه ، وفى بعضها لا يقبل النفى ، ولا الإنكار إذا استوفى الشروط ، وفى بعضها كان لا يقبل النفى إلا بطريق اللعان .

وأحياناً يثبت النسب بالإقرار وحده من غير أن يقرن به ما بين وجهه ، لأنه إن بين الوجه كان ذلك هو السبب دون الإقرار المجرد ، ويسمى ثبوت النسب بالدعوى .

والإقرار بالنسب قسمان ، إقرار فيه تحميل النسب على الغير ، وإقرار ليس فيه تحميل النسب على الغير ، والإقرار الذى ليس فيه تحميل النسب على

(١) إذا أقر الورثة بالنسب تثبت الوراثة بيقين ، إنما هل يثبت النسب ؟ قالوا إن النسب بالنسبة للورثة يثبت قطعاً ، وقال بعضهم إن إقرارهم شهادة ، فإذا استوفوا نصابها وشروطها ثبت النسب على الكافة ، وإلا فعلى المقر فقط ، وقال بعضهم ما يثبت بالإقرار فقط ، فهو حجة على المقر فقط ، ولا يعتبر شهادة ولو استوفوا نصابها .

غيره هو الإقرار بالأبوة المباشرة ، أو بالبنوة المباشرة ، فإقرار شخص بأن فلانا ابنه من صلبه إقرار ليس فيه تحميل النسب على غيره ، وكذلك إقراره بأن فلانا أبوه ، أما الإقرار الذى يكون فيه تحميل النسب على غيره فيكون ما عدا ذلك ، فإقرار شخص بأن هذا ابن ابنه فيه تحميل النسب على ابنه ، لأنه لا يثبت النسب له إلا بعد ثبوته لابنه ، وكذلك الإقرار بالأخوة ، لأنه لا تثبت أخوة المقر له إلا إذا ثبت لأبى المقر ... وهكذا .

والإقرار الذى يكون سبباً لثبوت النسب هو الإقرار الذى لا يكون فيه النسب على غيره ، وهو الإقرار بالبنوة المباشرة ، أو الأبوة المباشرة .

فإذا أقر الرجل بأن فلاناً ابنه كان ابنه من كل الوجوه بشرط :

(١) أن يولد مثله ، بأن يكون المقر فى سن تسمح له بأن يكون مثل المقر له ابناً له .

(٢) وأن يكون المقر له مجهول النسب ، لأنه إن كان معلوم النسب لا يصادف الإقرار محلا للتصديق ، فيكذب ، ولأنه لا يمكن ثبوت نسب ولد من رجلين ، بل لابد أن ينتفى أحدهما ، ولا يكفى مجرد الإقرار لنفى نسب الآخر .

(٣) وألا يذكر أنه ولده من زنى لأن الزنى لا يصلح سبباً للنسب كما قررنا من قبل ، لقوله ﷺ : (الولد للفراش وللعاهر الحجر) ، ولأن نعمة النسب لا تثبت بجريمة الزنى .

(٤) وأن يصدق المقر له إن كان من أهل التصديق بأن كان مميزاً ولا حاجة إلى التصديق إذا كان الولد غير مميز ، لأنه لا عبارة له ، بل كلامه لغو لا يلتفت إليه (١) .

---

(١) إذا كان الولد المقر بنسبه أم مشهورة بأنها أمه وهى حرة مسلمة وادعت أنها زوجة المقر ، ولم يكن من المقر فى حياته ما يكذبها فقد قال فى البدائع إنها ترثه استحساناً كما جاء فى النوادر والقياس ألا ترث ، وجه الاستحسان أن سبب الاستحقاق للإرث فى حقها يثبت بنسب الولد وهو بسبب النكاح الصحيح لأن المرأة إذا كانت معروفة بأنها أم لولد فالأصل فى ثبوت نسبه أن يكون بفراش والأصل فى الفراش هو النكاح الصحيح ، فكانت دعوى النسب إقراراً منه بأنه نكاح صحيح ، وإذا لم تكن معروفة بأنها أمه فلا ترث إلا بحجة . « البدائع ج ٣ ص ٢١٨ »

ومثل الإقرار بالأبوة الإقرار بالأمومة أى بكونها أم الطفل ، فإنه يشترط ألا يكون الولد ذا أم معروفة ، وأن يولد مثله لمثلها ، وأن يصدقها إن كان أهلا للتصديق بأن كان مميزاً . ويبطل الإقرار إذا ذكرت أنه ابنها من الزنى ، لأن ولد الزنى لا يثبت نسبه من أمه بالإقرار المجرد بالولادة ، ويثبت نسبه من الزنى إن ثبتت ولادتها له .

وإذا كانت المرأة المقرة بالنسب ذات زوج أو معتدة من زواج فلابد أن يصادقها الرجل لكى يثبت نسبه منه فإن لم يصادقها ، وأثبتت الولادة على فراش الزوجية وأنه هو هذا الولد بشهادة القابلة . فإنه يثبت منه أيضاً ، إلا إذا نفاه ؛ وإن ادعت أنها ولدته فى العدة وأثبتت الولد بالبينة الكاملة على رأى أبى حنيفة ثبت النسب لما ذكرنا . وقد خالف الصاحبان كما بينا ، فاكتفيا فى هذا بشهادة القابلة .

٣٣٠ — والولد الذى يثبت نسبه من شخص بالدعوى يكون ولداً حقيقياً . ولا يكون متبنى ، ولذا تجب له كل حقوق الولد الحقيقى من كل الوجوه . وليس معنى ذلك الاعتراف بنظام التبنى ، لأن الفرق بين التبنى وثبوت النسب بالدعوى واضح ، فإن النسب الذى يثبت بالدعوى يكون إقراراً بنسب حقيقى ، وإن لم يذكر طريقه وسببه ، ولو جاء على لسانه أنه يتبناه ولا يقصد البنوة الحقيقية — لا يثبت النسب . أما التبنى فهو أن يذكر أنه يلحقه به . وإن لم يكن له ابناً حقيقياً ؛ وهذا الإلحاق باطل .

وقبل ترك الكلام فى دعوى النسب نذكر ثلاثة أمور :

« أحدها » أن الإقرار بالأبوة كالإقرار بالبنوة لابد فيه من أربعة شروط أيضاً ، وهى أن يولد مثله ، وألا يقول إنه أبوه من زنى بأمه ، وأن يصدقه الأب ، وأن يكون الولد مجهول النسب .

ويظهر أن الإقرار بالأمومة ؛ كالإقرار بالأبوة ويشترط فى الإقرار ألا يذكر أنه من الزنى ، وهذا بخلاف ما إذا ثبت ولادتها له بالفعل فإنه يثبت النسب لما سبق من أن ولد الزنى ينسب إلى أمه .

« ثانيها » الإقرار بالنسب المباشر الذى ليس فيه تحميل النسب على غيره يصح ، ولو كان فيه تهمة المحاباة لوارث ، وليس كالوصية ، فإنها لاتنفذ إلا

بإجازة الورثة ، على ما هو مقرر فى الفقه الحنفى ، بخلاف ما جاء فى قانون الوصية .

وذلك لأن الإقرار بالنسب ليس فيه المحاباة لوارث ولكن فيه اعتراف بأمر لا يعرف إلا من جهته ، فكان أحق الناس بالتصديق فيه ، ولو كان فى ذلك زيادة وارث لم يكن معروفاً قبل المرض ، وقد يؤدى ذلك الإقرار إلى حجب الورثة الذين كانوا يرثون لولا الإقرار ولا يمنع ذلك من صحة الإقرار بحال من الأحوال .

« ثالثها » أن المذهب الحنفى المعمول به يثبت النسب بالدعوة من غير أن يبين المقر وجه النسب ، ولو كانت الظواهر تكذبه ، وقد بينا فى أثناء بيان القواعد العامة أن مذهب مالك يوجب على المقر أن يبين وجه ثبوت النسب إذا كانت ظواهر الحال تناقض الإقرار كأن يكون المقر بنسبه لقيطا ، أو يكون من مهاجرى بلد آخر لم ينزل ذلك المقر فيه ، وإنك لترى أن أكثر الإقرارات بالنسب ظواهر الحال لا يتفق معها .

ولذا نرى وجوب الأخذ بمذهب مالك ، فإنه أحوط للأنساب وللحقوق وأنسب لمصر ؛ لأنه أقرب المذاهب الفقهية إلى ما عليه أكثر الطوائف غير المسلمة بها ، وقانون الميراث المبنى على النسب مطبق على الجميع ، وقد اتجه القانون المصرى إلى ذلك فى قانون الوقف ، فلم يجز تعدى الإقرار بالنسب إلى الموقوف عليهم ، متى دلت القرائن على أنه متهم فى هذا الإقرار .

وهذا يقتضى لا محالة أن يكون الأمر كذلك فى الميراث والوصية وغيرها مما يكون للنسب شأن فيها والله أعلم .

٣٣١ — هذا إذا كان الإقرار بالنسب ليس فيه تحميل النسب على الغير ، أما إذا كان الإقرار فيه تحميل النسب على غيره ، كأن يقر لشخص بأنه أخوه ، أو عمه ، فإن الأخوة والعمومة لا تثبت إلا إذا ثبتت بنوة المقر له لأبى المقر أو لجده ، وهكذا — فى هذه الحال يؤخذ المقر بإقراره ولا يثبت نسب المقر له من الأب أو الجد وسائر من يحمله الإقرار نسبه ، ويترتب على أخذ المقر بإقراره ما يأتى :

(١) أنه يشاركه نصيبه فى الميراث ، فإذا أقر شخص بأن محمداً أخوه لأبيه ولم يصدقه أبوه ولا سائر إخوته فإذا مات الأب فإن المقر له يأخذ نصف حصة المقر إن كان ذكراً ، وثلثه إن كان أنثى ، ويأخذ باقى الأولاد أنصبتهم كاملة ، ومشاركة المقر له للمقر فى نصيبه هو القول الراجح ، وهناك قول آخر ، وهو أن المقر يأخذ حصته على فرض مشاركة المقر له فى التركة تقسم قسمتين « إحداهما » على فرض عدم وجود المقر له بينهم ، فإذا كانوا أربعة والتركة خمسمائة سهم فى شركة أخذ كل واحد ١٢٥ « والثانية » على فرض وجود المقر له معهم فتقسم التركة على خمسة . ويخص كل واحد مائة سهم ، ويأخذ المنكرون أنصبتهم كاملة على القسمة الأولى ، ويأخذ المقر نصيبه على القسمة الثانية ، ويأخذ المقر له خمسة وعشرين ، وهى فرق الأنصبة .

(ب) أنه إذا كان المقر موسراً ، والمقر له فقيراً مستحقاً للنفقة وجبت عليه النفقة .

(جـ) أنه إذا مات المقر ، ولا وارث مطلقاً استحق المقر له تركته .

دعاوى النسب

٢٣٢ — دعاوى النسب لا تسمع فى كل الأحوال ، وهى تختلف باختلاف نوع النسب ، فإن كانت الدعوى ليس فيها تحميل النسب على غيره وكان المدعى عليه حياً ، فإن الدعوى تسمع ولو كانت مجردة وليست فى ضمن حق آخر ، فيصح أن يدعى شخص على آخر أنه ابنه دعوى مجردة من غير مصاحبة أى حق آخر ، فإن أقر ثبت النسب ، وإن أنكر اتبعت طرائق الإثبات التى بيناها ، وهى تختلف فى حال قيام الزوجية ، عنها فى حال العدة ، وإن لم تكن عدة ولا زوجية فلابد من حجة كاملة .

وإن كانت دعوى النسب من النوع الذى ليس فيه تحميل النسب على الغير ، وكان المدعى عليه ميتاً ، فلابد أن تكون الدعوى فى ضمن حق آخر كحق الميراث ، ويكون الخصم فى ذلك من تحت يده التركة من وارث أو وصى أو موصى له ، أو دائن قد وضع يده عليها ، وإنما اشترط أن تكون فى ضمن

حق آخر ، لأنها دعوى على الميت وهو غائب ولا تسمع الدعوى على غائب إلا فى ضمن حق للحاضر .

وإن كانت دعوى النسب فيها تحميل النسب على الغير ، فلا تسمع الدعوى إلا إذا كانت ضمن حق آخر ، لأنها تتضمن الدعوى على الغائب ، وهو من حمل عليه النسب ، ولا تسمع الدعوى على غائب ، إلا إذا تضمنت حقاً للحاضر .

ومثال ذلك دعوى الأخوة فى ضمن دعوى النفقة ، أو دعوى العمومة فى ضمن دعوى الميراث وهكذا ...

— وقد بينا شروط صحة الدعوى فى ثنايا الكلام فى النسب .

اللقيط

٣٣٣ — هو مولود نبذه أهله فراراً من تهمة الزنى ، أو لغير ذلك ، وإيواء اللقيط فرض كفاية على كل من يعلم به ، ويكون إيواؤه فرض عين على من يراه فى مكان ، ويغلب على ظنه الهلاك إن تركه ، وإن لم يخش الهلاك كان إيواؤه مندوباً إليه .

ومعنى وجوب أن يلتقطه أن يحرم عليه أن يتركه من بعد ، وهو أحق بإمساكه ، وليس لأحد أن ينتزعه منه ، وإن وجده أثنان مسلم وغير مسلم وتنازعا ، فالمسلم أولى به ، وإن استويا فى الدين فالرأى للقاضى .

واللقيط حر مسلم تبعاً لحكم دار الإسلام ، إلا إذا وجده ذمى فى محلة أهل الذمة ، فإنه يكون على دين الذمى .

وإن كان معه مال فهو ملك للقيط ينفق عليه منه من بعد استئذان القاضى ، لأنه ليس له عليه إلا ولاية الحفظ ، وإن أنفق الملتقط على اللقيط من ماله الخاص من غير إذن القاضى فهو متبرع ، فإن كان بإذن القاضى فإنه يرجع على اللقيط إذا أيسر .

وللملتقط على اللقيط ولاية التربية : فيشترى له ما يلزمه ، ويدفعه إلى من يعلمه علماً أو حرفة ، وينتقل معه حيث انتقل ، وإذا أقر واحد بنسب

اللقيط منه ثبت نسبه منه ، ما دامت شروط الإقرار مستوفاة ، ولو كان المقر غير مسلم ، ولكن يستمر اللقيط مسلماً بحكم الالتقاط .

ويلاحظ هنا رأى مالك الذى لا يحكم بالنسب إلا إذا بين المقر وجهاً شرعياً له .

وإذا لم يكن للقيط مال ، ولم يدع أحد نسبه ، وأبى الملتقط الإنفاق عليه ، وثبت أنه لقيط ، فإنه تكون نفقته واجبة على بيت مال المسلمين ، فيرتب له منه مقدار حاجته من طعام وكسوة .

٢ — الرضاعة

٣٣٤ — الكلام فى الرضاعة يكون فى ناحيتين :

(إحداهما) الكلام فيها من ناحية كونها سبباً من أسباب التحريم ، وقد تكلمنا على ذلك فى أثناء الكلام فى المحرمات .

(والناحية الثانية) كونها حقاً للطفل ، وهى بهذا النظر لها اعتباران . فهى من ناحية متصلة بالنفقة ، فتهيئة أسبابها واجبة على من تجب عليه نفقة الصغير ، وأول من تجب عليه نفقة الصغير هو أبوه ، لأنه منسوب إليه ، ولأنه جزؤه على ما سنبين فى نفقة الأقارب ، والاعتبار الثانى ناحية كونها غذاء مناسباً فى دور معين من أدوار الحياة للطفل ، وأنسبه هو لبن الأم ، ولذلك كان الوجوب الأول بالنسبة للرضاعة عليها ، فقد قال الله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » فالإرضاع واجب على الأمهات من حيث الأصل ، والإنفاق عليهن واجب على الأب .

وقد اختلف فى مدى وجوب الإرضاع على الأم ، فقال الحنفية إنها مطالبة به ديانة لا قضاء ، أى أنها تأثم فيما بينها وبين الله إن تركت إرضاع ولدها من غير عذر مسوغ لذلك ، ولا يجبرها القاضى على الإرضاع ، لأن نظر القضاء يتجه إلى وجوب النفقة أو عدم وجوبها ، والنفقة بالإنفاق على الأب والإرضاع منها ، ولا تجبر الأم على إرضاع ولدها قضاء إلا فى

حال الضرورة ، بأن كان الولد لا يلقم إلا ثديها ، أو لم توجد مرضع سواها ، أو كان الأب والولد فى عسرة لا يستطيعان دفع أجرة لظئر ترضعه .

فنى هذه الأحوال تجبر الأم قضاء عند الحنفية على الإرضاع ، لأنها إن لم تجبر تعرض الولد للهلاك .

وقال مالك رضى الله عنه: إن الأم تجبر على إرضاع ولدها . إلا إذا كانت من طبقة نساؤها لا يرضعن أولادهن بأنفسهن ، وبذلك يتلاقى الوجوب الدينى مع الوجوب القضائى فى الجملة عند مالك ولا يتلاقيان ، فى الجملة عند أبى حنيفة .

٣٣٥ - وإذا أرضعت الأم ولدها فليس لها أجرة على ذلك ، وإذا كانت الزوجية قائمة بينها وبين أبيه ، أو كانت معتدة من طلاق رجعى من الأب وتجب لها قطعاً إذا كانت أجنبية عن الأب ، بألا تكون هناك زوجية ولا عدة ، فنى هذه الحال تجب لقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن) ويتبين من هذا أن أجرة الرضاعة ليست أجرة خالصة ، أى ليست عوضاً خالصاً ، بل هى مئونة ونفقة ، ولذا لا تجب على الأب إذا كانت الأم فى عصمته ، أو فى عدة الطلاق الرجعى ، لأن عليه النفقة والمئونة بمقتضى الزوجية ، ولا تجب للمرأة نفقتان ، وإن تعددت أسباب الوجوب .

وإن كانت الأم فى عدة الطلاق البائن من الأب ، فقد اختلفت فى ذلك الروايات ، فنى رواية تجب لها أجرة ، لأن العلاقة الزوجية قد انقطعت ، وصارت كالأجنبية ، وهذه رواية الحسن بن زياد اللؤلؤى ، وروى محمد أنه لا تجب لها الأجرة ، لأنها كالمعتدة من طلاق رجعى ، ولأن ما تأخذه الأم من أجرة إنما هى مئونة ونفقة ، وأن على الأب نفقتها ، ولا تجب لشخص واحد نفقتان وإن تعددت الأسباب ، وقد رجح كثيرون هذه الرواية (١) . ورجح غيرهم الأولى فاختلف الترجيح ، والعمل على عدم الوجوب .

---

(١) يلاحظ فى هذا المقام أمران : (أحدهما) أنه جاء فى « الذخيرة والمجتبى » أنه إن كان الصغير مال جاز لأبيه أن يستأجر أمه لإرضاعه بأجرة من مال الصغير نفسه لعدم اجتماع الواجبين على الزوج ، وهما نفقة الإرضاع والزوجية ، وقد قال ابن عابدين بعد هذا النقل : « إن الفتوى على الجواز الذى مشى عليه فى الذخيرة والمجتبى » .

٣٣٦ - وإذا كانت الأم تستحق أجرة رضاعة ، فإنها تستحق الأجرة إن أرضعت ، ولو لم يكن اتفاق ، وتأخذ فى هذه الحال أجرة المثل (١) ، بخلاف الأجنبية إلا إذا كان ثمة اتفاق ، فلو أرضعت قبل الاتفاق على الأجرة لا تأخذ شيئاً .

واستحقت الأم الأجرة من غير اتفاق على مقدارها ، لأن القرآن الكريم جعل استحقاقها الأجرة مترتباً على الإرضاع ، لا على الاتفاق ، لقوله تعالى (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) ولأن الإرضاع قبل الاتفاق لا يكون دليلا على التبرع ، لأن فرط شفقتها يدفعها إلى الإرضاع ، وإذ كانت تريد الأجرة فهى لا تترك ولدها جائعاً حتى تتفق ، أما غيرها ، فليست عندها هذه الشفقة فيحمل إرضاعها على التبرع ، إذ لا يتصور سواه .

ولا تستحق الأم أجرة رضاع لأكثر من سنتين باتفاق فقهاء الحنفية ، لقوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ، لمن أراد أن يتم الرضاعة) فالقرآن الكريم جعل تمام الرضاعة بحولين كاملين .

وفى حال استحقاق الأم أجرة يجوز الاتفاق عليها ، والمصالحة عنها ، بأن تأخذ عنها عوضاً ، وقد تكون جزءاً من بدل الخلع .

وعلى ذلك لا تجوز المصالحة عنها ، إذا كانت الزوجية قائمة بين الأب والأم أو معتدة من طلاقه الرجعى ، أو معتدة من طلاقه البائن عند من لا يجعل لها أجرة رضاعة ، وتجوز المصالحة عنها إذا كانت أجنبية عن الأب بالاتفاق ، أو كانت فى عدة طلاقه البائن عند من يجعل لها أجرة رضاعة .

٣٣٧ - والأم أولى بإرضاع ولدها ، ولو كانت لا ترضعه إلا بأجرة إلا إذا وجدت متبرعة أو من ترضعه بأقل مما تطالب به الأم ، ولو كان

= (ثانيهما) أن فقهاء الحنفية قد اتفقوا على أنه إذا استأجر زوجته لإرضاع ولده من غيرها وجبت الأجرة ، وذلك لأن إرضاع المرأة غير ولدها تستحق عليه أجرة هى عوض ، وليست مئونة ولا نفقة ، حتى يقال إنه قد اجتمعت لشخص واحد نفقتان وقد اختلف نوع الوجوب وسببه ، فلا مانع من تعدده لتعدد سببه ونوعه .

(١) هذا هو الراجح ؛ وقال بعض الفقهاء إنها لا تستحق أجرة من غير عقد كالأجنبية إن أرضعت .

أجرة المثل ، فإنه لا يلزم الأب بتقديم أجرة مع وجود متبرعة ، أو طلب أجرة كبيرة مع وجود من ترضى بالأقل ، لأنه لو ألزم بذلك لكان هذا مضارة له ، والله سبحانه وتعالى يقول : « لا تضار والدة بولدها ، ولا مولود له بولده » .

ولا فرق فى ذلك بين أن تكون المتبرعة أجنبية أو ذات رحم محرم ، ولا بين أن يكون الأب فقيراً ، أو قادراً ، ولا بين أن تكون الأجرة من مال الصغير أو من مال الأب .

ويلاحظ أنه إذا كانت المرضع غير الأم فإن ذلك لا يسقط حق الأم فى الحضانة والتربية ، ولا تلزم المرضع بالمكث فى بيت الأم بل ترضعه وتذهب إلى بيتها ، إلا إذا كان قد اشترط عليها البقاء والمكث فى بيت الأم .

٣٣٨ — وإذا كانت المرضع غير الأم ترضع بأجرة ، فهى تسمى ظئراً ، وهى تلتزم بإرضاعه فى مدة الإجارة بالأجرة المتفق عليها ، فإن انتهت المدة لا تلزم بإرضاعه ، إلا إذا كان لا يلقم إلا ثديها ، ففى هذه الحال تلزم بإرضاعه بأجرة المثل ، وذلك مثل إجارة الأرض للزرع ، إذا انتهت المدة قبل أن يحصد الزرع ، فإنه فى هذه الحال يبقى فى الأرض بأجر المثل إلى أن يحين وقت حصاده .

ولو كانت متبرعة وأرادت أن تنهى تبرعها ، والولد لا يلقم إلا ثديها ، فإنه فى هذه الحال يلزمها إرضاعه بأجرة المثل ، لأن فى عدم الإلزام تعريض الولد للهلاك .

هذا وفى كل موضع وجبت فيه أجرة الرضاعة ، فإنها تكون ديناً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، لأنها أجرة فى إجارة فهى كسائر الإجارات .

٣ — الحضانة

٣٣٩ — يثبت على الطفل منذ ولادته ثلاث ولايات :

الولاية الأولى ولاية التربية . والولاية الثانية هى الولاية على النفس . والولاية الثالثة ، الولاية على ماله إن كان له مال .

أما الولاية الأولى ، وهي ولاية التربية ، فالدور الأول منها يكون للنساء ، وهو ما يسمى بالحضانة ، فالحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعاً ، وهي حق للأم ، ثم لمحارمه من النساء .

وثبت وجوبها علهن : أولا — لأن الطفل في ذلك الدور من حياته يحتاج إلى رعايتهن .

وثانياً — لأن الآثار الصحيحة قد وردت بأن النساء أحق بالحضانة . فإنه يروى أن امرأة جاءت إلى النبي ﷺ وقالت يا رسول الله هذا ابني ، كان بطني له وعاء وحجري له حواء ، وثديي له سقاء ، وإن أباه طلقني ، وأراد أن ينزعه مني . فقال رسول الله ﷺ (أنت أحق به ما لم تتزوجي) ويروى أن عمر بن الخطاب كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصما ، فرآه في الطريق وأخذه فذهبت جدته أم أمه وراءه ، وتنازعا بين يدي أبي بكر الصديق فأعطاها إياه ، وقال لعمر الفاروق : (ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك) .

وإذا كانت الحضانة حقاً للأم دون الأب ، فقد اقتضى القياس أن يكون للنساء أولا دون الرجال ، واقتضى أن تكون قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب .

ولا تثبت حضانة لامرأة من النساء إلا إذا كانت محرمة ، لأن القرابة المحرمية هي التي تناط بها الحقوق والواجبات في أكثر الأمور الشرعية ، ولأنها أوثق وأعطف ، ولذلك كانت سبباً في التحريم في الزواج ، وقد قال في ذلك الكاساني : « إن مبنى الحضانة على الشفقة ، والرحم المحرم هي المختصة بالشفقة » .

ويتقدم فيها الأقرب فالذي يليه من هؤلاء ، فأحقهن الأم ، ثم أم الأم وإن علت ثم أم الأب ، وقدمت أم الأم ، لأنها تدلي بالأم ، وهذه الولاية مستفادة من قبل الأم ، فكل من يدلي بها أولى من غيره ، ثم بعد الجدات الأخوات الشقيقات ثم اللائي لأم ، ثم لأب ، وقيل إن الخالة أولى من الأخت لأب ، لقوله عليه الصلاة والسلام (الخالة والدة) ، ووجه الراجح — وهو

تقديم الأخت لأب على الخالة - أنها أقرب ، لأنها بنت الأب ، والخالة بنت الجد ، ثم يلى هؤلاء بنت الأخت الشقيقة ، ثم بنت الأخت لأم ، ثم بنت الأخت لأب ، وبنت الأخت لأب أولى من الخالة على الرواية التى تقدم الأخت لأب على الخالة ، وهى غير راجحة هنا ، ثم الخالات الشقيقات ، ثم لأم ثم لأب ، ثم خالات الأب الشقيقة ، فلأم ، فلأب ، ثم عمات الأم كذلك ، ثم عمات الأب .

٣٤٠ - ويشترط فى الحاضنة : (أ) أن تكون حرة بالغة عاقلة ، لأن الأمة لا تفرغ لخدمة الطفل ، والصغيرة لا تستطيع القيام بشئون نفسها ، فأولى ألا تستطيع القيام بشئون غيرها ، والمجنونة كذلك ، بل أشد .

(ب) ويشترط أن تكون قادرة على القيام بشئونه ، فإن كانت عاجزة عن ذلك لمرضها ، أو لتقدمها فى السن ، أو لانشغالها بغيره ، بأن كانت محترفة لا تقيم فى البيت أكثر النهار والليل - لا تكون أهلا للحضانة ، لأن هذا الحق إنما هو لمصلحة الطفل وتربيته ورعايته وصونه ، وذلك لا يكون مع العجز أو عدم القيام بالبيت أكثر النهار وطول الليل . على أن قدرة المحترفة على الحضانة يترك أمرها لتقدير القضاء ، لأنها مسألة تقديرية .

(جـ) وأن تكون أمينة عليه ، فتكون أمينة على نفسه ، وأدبه ، وخلقه ، فإن كانت فاسقة مستهترة لا تؤمن على أخلاق الطفل وأدبه ولا على نفسه ، فإنها لا تكون أهلا لحضانته .

ولا يصح أن يفهم من هذا أن تدين ذات الرحم المحرم شرط لاستحقاقها الحضانة ، فإن غير المتدينة أهل فى الجملة للحضانة ، إلا إذا أدى فسقها إلى الإضرار بمصلحة الطفل ، فيتكون على عادات سيئة ، فإنها فى هذه الحال لا تكون أهلا لا لعدم التدين ، بل لعدم الأمانة ، ولعدم القدرة على الحضانة ، إن كان عدم تدينها لا يؤدى إلى الإضرار بآداب الطفل أو دينه فإنها تكون أهلا .

(د) ويشترط ألا تكون مرتدة ، لأن المرتدة غير أمينة ، ولأنها تحبس فلا تكون قادرة على إمساكه والقيام على مصالحه .

(ﻫ) وألا تمسكه عند غير ذى رحم محرم منه ، كالأخت لأم تمسكه عند أبيها وهو أجنبي عنه ، لأن ذلك الأجنبى ينظر إليه شزراً ، ولا يعطف عليه ، فينشأ الطفل فى جو يبغضه ، ولا يألفه ، فيؤثر ذلك فى أخلاقه وحياته من بعد ذلك .

(و) وكذلك يشترط ألا تكون متزوجة بغير ذى رحم محرم منه ، لأنها تكون قد أمسكته عند أجنبي عنه ، ربما لا يعطف عليه ، فيتعرض الطفل لنظرات القسوة والبغض أو الأذى ، أما إذا كان زوجها ذا رحم محرم منه ، فإن ذلك لا يسقط حقها فى الحضانة ، كأن تكون جدته لأمه تمسكه عند زوجها جده لأمه أو خالته يكون زوجها عمه ، أو أخته لأمه يكون زوجها أخاه لأبيه ، فى هذه الصور وأشباهها لا يكون تزوجها مانعاً من ثبوت حقها فى حضانة الطفل ، لأنها تمسكه عند من يعطف عليه فى غالب أحواله ، وليس من شأنه أن يمقته ويبغضه .

واتحاد الدين بين الحاضنة والطفل ليس بشرط ، فإذا كان مسلم متزوجاً مسيحية وله بنت منها وافترقا ، فإن الخلاف الذى بينها وبين بنتها لا يمنع حقها فى الحضانة إذ تكون البنت مسلمة تبعاً لأبيها ، وذلك لأن سبب ذلك الحق هو وفور الشفقة ، ولا يؤثر فيه اختلاف الدين ، ويستمر حق الحاضنة ثابتاً لها مع اختلاف الدين إلا أن يضر ذلك بدين الطفل ، ولذلك ينزع الطفل من يدها ، إذا خيف على الطفل إفساد دينه ، وذلك فى حالين :

(إحداهما) إذا كان الطفل فى سن التمييز ، فيعقل الأديان ويفهمها ، ويخشى من تأثره بدينها إذا رآها تقوم بصلواتها وطقوسها الدينية .

(ثانيهما) إذا لم يبلغ الطفل سن التمييز ، ولكن ثبت أنها تحاول تلقينه دينها ، وتعويده عاداته ، وتنشئته عليه ، فإنه فى هذه الحال ينزع من يدها إذ تصبح غير أمينة على دينه ، وقد علمت أن الأمانة شرط .

٣٤١ ـ وإذا لم يكن للطفل ذات رحم محرم تحضنه أو كانت ولكنها ليست مستوفية للشروط التى تسوغ لها حضانته ، فإن الحضانة تنتقل إلى

العصابات (١) ذوى الرحم المحرم . فتكون للأب ثم للجد الصحيح وإن علا ، ثم للإخوة الأشقاء للأب ثم لأبناء الأشقاء ثم أبناء الإخوة للأب ، ثم للأعمام وهكذا تثبت الحضانة للعصابات من المحارم سواء أكان الولد ذكراً أم أنثى ، أما إذا كان العصاب من غير المحارم كأبناء الأعمام فإن الحضانة لا تثبت لهم بالنسبة للأنثى ، وتثبت بالنسبة للذكر .

وإذا لم تكن عصبة مطلقاً بالنسبة للذكر ، أو كانت عصبة ليست ذات رحم محرم بالنسبة للأنثى ، فإنها تنتقل إلى الأقارب ذوى الأرحام المحارم تكون للجد لأم ، ثم تكون للأخ لأم ثم أبناء الأخوات الشقيقات ، ثم لأب ثم أبناء الأخ لأم . والأخت لأم ، ثم العم لأم ، ثم الخال لأبوين ، ثم الخال لأب ثم لأم .

ولا حق لبنات العم والعمة ، وبنات الخال والخالة فى حضانة الذكور لعدم المحرمية ، ولهن الحق فى حضانة الإناث ، ولا حق لبنى الخال والخالة والعم والعمة فى حضانة الإناث ، ولكن لهن الحق فى حضانة الذكور .

وإذا انتقلت الحضانة إلى الرجال ، فإنه يشترط فى الحاضن أن يكون بالغاً عاقلا حراً قادراً على القيام برعاية الطفل أميناً عليه ، كما يشترط اتحاد الدين ، وذلك لأن حق الرجال فى الحضانة مبنى على الميراث ، ولا توارث بين المسلم وغير المسلم ، وذلك إذا كان الولد غير مسلم ، وكان ذو الرحم المحرم مسلماً ، فليس له حق الحضانة ، بل حضانته إلى ذوى رحمه المحارم

---

(١) يلاحظ فى هذا المقام أمران : (أحدهما) أن الحاضنة إذا سقط حقها فى الحضانة لتزوجها بأجنبى ثم طلاقها منه ، فإنها فى هذه الحال يعود إليها حقها ، لأنه قد زال السبب الذى أسقط حقها ، فيعود إليها بعد زواله .

(ثانيها) أنه من المقرر أن المتزوجة إن كان زوجها أجنبياً يسقط حقها فى الحضانة لأنه ينظر إليه شزراً ، ولا شك أنه إذا كانت هناك حاضنة تليها فهى أولى ، وكذلك إذا كان العاصب أباً أو جداً صحيحاً ، ولكن إذا كان غير هؤلاء فقد لاحظ ابن عابدين أنه ربما يكون الزوج أعطف عليه ، وربما يكون العاصب يريد هلاكه ، وذلك كثير ، فى هذه الحال لو طبقنا القواعد الفقهية لنقلنا الطفل من يد لا تريد به إلا الخير إلا يد لا تريده ، ولذلك استحسن ابن عابدين أن يلاحظ القاضى ما هو أنفع للصغير غير مقيد ، فيبقيه عند المتزوجة بأجنبى ، أو يعطيه لعصبة إن ثبت أنه لا أذى منه .

من أهل دينه . وإذا كان الولد مسلماً وذو رحمه غير مسلم فليست حضانته إليه ، لأنه لا توارث بينهما ، إذ قد بنى حق الحضانة فى الرجال على الميراث.

ويلاحظ أنه إذا وجد أكثر من واحد مستحق للحضانة إناثاً كانوا أو ذكوراً فإذا وجد عدة أخوات شقيقات ، أو عدة إخوة أشقاء أو تعددت الخالات ، أو الأخوال ، أو العمات ، أو الأعمام — يقدم أصلحهم فإن تساووا — فأكبرهم سناً ، أو أقدرهم على القيام بشئون الطفل .

والقاضى ينظر بعد ذلك إلى مصلحة الطفل وما هو أنفع له ، وإذا لم يوجد من يحتضن الصغير أو الصغيرة وضعه القاضى عند أمين يثق به رجلا كان أو امرأة .

٣٤٢ — أجرة الحضانة : تجب للحاضنة أجرة إن لم تكن الزوجية قائمة بينها وبين أبى الولد ، ولم تكن معتدة من طلاقه الرجعى ، وكذلك لا تستحق إذا كانت معتدة من طلاق بائن ، وتستحق النفقة من أبى الطفل ، وهذا على أحد قولين مصححين فى مذهب أبى حنيفة ، وعليه العمل . وذلك لأن هذه الأجرة ليست عوضاً خالصاً ، بل هى كأجرة الرضاع للأم مئونة ونفقة ، وبما أن النفقة ثابتة لها بمقتضى الزوجية لقيامها ، أو وجود العدة فإنها لا تأخذ نفقتين من شخص واحد فى وقت واحد ، وإن تعدد السبب .

وما عدا هؤلاء من الحاضنات يأخذن أجرة الحضانة ، وإذا كانت لا تملك مسكناً تسكنه ، فعلى من تجب عليه نفقة الصغير إعداد المسكن ، أو إعطاؤها بدل مسكن ، وإذا كانت تحتاج لخادم والأب يقــدر على ذلك كانت لها أجرة خادم إذا كان الأب هو الواجب عليه أجرة الحضانة ، بأن كانت نفقة الصغيرة واجبة عليه ، كما أن على من تجب عليه نفقته بدل فرشه وغطائه ، ونفقة صلاحه .

٣٤٣ — وأجرة الحضانة تكون واجبة فى مال الولد نفسه ، إذا كان له مال ، لأن نفقته تكون فى ماله ، وأجرة الحضانة من النفقة ، وإن لم يكن له مال فإن أجرة الحضانة تكون على من تجب عليه نفقته ، تكون على الأب إذا كان موجوداً وكان قادراً ، فإن لم يكن له أب ، أو كان عاجزاً فإنها تجب على غيره من سائر الأقارب ، على ما سنبين فى نفقة الأقارب ، وإذا

أبت الأم أن تحتضنه إلا بأجرة ، ووجدت متبرعة ، فإن الأم أولى إذا كانت أجرة الحضانة على الأب ، وكان موسراً أو كانت المتبرعة ليست من الحاضنات .

أما إذا كانت المتبرعة من الحاضنات ، وكانت أجرة الحضانة على الأب وكان غير موسر ، أو كانت أجرة الحضانة من مال الولد ، فإن المتبرعة أولى ، لأن الحضانة لمصلحة الولد ، ومن مصلحته المحافظة على ماله ، والمتبرعة تنظر إلى مصلحته فى الجملة ، لأنها ذات رحم محرم منه ، وأما عدم الوجوب على الأب وهو غير موسر فلأن إلزامه بأجرة الحضانة مع وجود المتبرعة فى هذه الحال مضارة به . والله سبحانه وتعالى يقول : « لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده» والفرق بين التبرع بالحضانة والتبرع بالرضاعة أن المتبرعة فى الرضاعة تقدم فى كل الأحوال ، قريبة كانت أو أجنبية ، وسواء أكانت النفقة على الأم أم كانت على الأب ، وسواء كان الأب موسراً ، أم كان غير موسر ، وأما فى الحضانة فلابد من أن تكون المتبرعة من الحاضنات ، ولابد من أن يكون الأب غير موسر ، أو تكون الأجرة من مال الولد .

ويلاحظ أنه إذا كان الأب معسراً ، والولد لا مال له ، ولم توجد متبرعة فإن الأم تحتضنه وتقدر لها أجرة ، وتكون تلك الأجرة والأداء على من يلى الأب فى نفقة الولد ولكنه يؤديها على أنها دين على الأب ، يأخذه منه إذا أيسر ، إما إذا كان الأب عاجزاً فإنه لا يجب عليه شىء ، وتكون الأجرة واجبة على من يليه فى الإنفاق .

هذا ما قرره الفقهاء بالنسبة للأم إذا طالبت بالأجرة ، ووجد متبرعة وكان الأب معسراً ، والظاهر أن حكم غير الأم من الحاضنات كذلك إذا تبرعت حاضنة وتمسكت من هى أقرب منها بالأجرة ، إذ لا فرق بين الأم وغيرها بالنسبة للتبرع والإعسار .

٣٤٤ — مكان الحضانة : إذا كانت الزوجية قائمة بين الأب والأم ، فإنها تمسكه فى مكان الزوجية ، إذا كانت معتدة من طلاقه البائن أو الرجعى وذلك لأن المرأة تعتبر ناشزة إن تركت بيت الزوجية فى هذه الأحوال ، ولذلك إذا خرجت من المسكن فى هذه الحال ومعها ولدها ، أو لم يكن معها

ولدها فله أن يعيدها إلى مسكن الزوجية . إذ له عليها حق الطاعة ، إن كانت زوجة ، وله عليها حق الإقامة فى المسكن إن كانت معتدة .

وإذا كانت غير معتدة ، ولا زوجية قائمة ، فإن الحاضنة إذا كانت أماً لها أن تخرج إلى بلدها الذى يكون فيه أهلها ، وقد عقد زواجها من أبى الطفل فيه ، لأن رضاه بالعقد فيه دليل على أنه يرضى لنفسه ولولده الإقامة فيه .

وليس لها أن تنتقل إلى بلد لم يكن عقد زواجها فيه ، أو لم يكن بلدها ، كذلك ليس لها أن تنتقل به إلى بلدها ، إذا لم يكن عقد عليها فيه ، ولا إلى البلد الذى عقد عليها فيه إذا لم يكن فى الأصل بلدها .

وروى عن أبى يوسف أن لها أن تنتقل إلى البلد الذى عقد فيه عقد الزواج ولو لم يكن بلدها ، ولكن جاء فى البدائع « إن ذلك غير سديد » .

وكل هذا إذا كان البلد بعيداً . أما إذا كان قريباً وكان فى مصر فإنه يجوز أن تنتقل إليه إذا كان يمكنه أن يرى ولده ويعود فى اليوم نفسه قبل أن يدخل الليل ، أما إذا كان النقل إلى قرية ليست قريتها التى عقد عليها فيها فليس لها ذلك قريبة كانت أو بعيدة ، حتى لا يتعود الولد جفاف أهل القرى إلا إذا كان محل إقامة الأب قرية ، وكانت القريتان قريبتين .

وإن كانت الحاضنة غير الأم ، فليس لها الانتقال مطلقاً ، إلا بإذن من الأب . ويلاحظ أن منع النقل فى كل الأحوال إنما هو لحق الأب والولى العاصب ، فإن أذن لها أن تنتقل .

وليس للأب أن ينزع الولد ، ويسافر به من محل إقامة الحاضنة إذا كان هو المحل المعتبر شرعا ، ولكن إذا سقط حق الأم فى الحضانة ، وانتقل إلى من يليها ، وهى فى بلد آخر ، فله أن يسافر به إلى بلده .

وليس للحاضنة أن تمنع الأب من رؤية ولده ، ولا تجبر على إرساله ، كما أنه ليس له إن سقط حق الأم فى الحضانة أن يمنعها من رؤية ولدها ، ولا يجبر على إرساله إليها .

٣٤٥ — <u>من له حق الحضانة</u> : هل الحضانة حق خالص للحاضنة ، قال بعض الفقهاء ذلك ؛ ولها أن تنزل عنه فى أى وقت شاءت ، ولا تجبر إذا

امتنعت . وقال بعضهم أنها حق للولد ، وتجبر الأم عليه إن امتنعت ، والقول الأول قول الشافعي وأحمد والثورى ، ورواية عن مالك ، واختار الثانى بعض فقهاء الحنفية ، والصحيح فى المذهب الحنفى أنها حق للحاضنة وللطفل ، وعلى القول الثانى تجبر ما دامت خالية من الموانع ، فلا يترك ولدها فى يد غيرها ولا مانع من أخذها له ، وبهذا قرر كمال الدين بن الهمام ، ولا وجه للإجبار إذا كانت متزوجة غير ذى رحم محرم ، وقد ترتب على ذلك ما يأتى :

(أ) أنها لو خالعت زوجها على أن تترك حضانة ولدها ، فالخلع صحيح ، ولكن لا يسقط حقها فى الحضانة لأنه ليس خالص حقها ، بل للطفل فيه حق ، وليس لها أن تترك حق الطفل ، فيبطل الشرط .

(ب) أنها لو صالحت زوجها على أن تترك حقها فى الحضانة . وجعل ذلك أساساً فى الصلح فإنه يكون باطلا ، لأنه يكون صلحاً على ما لا تملك وهو حق غيرها ، ولأن ذلك مثل الخلع فى الصورة السابقة ، وقد نص على تلك الصورة فى الكافى للحاكم الشهيد .

(جـ) أن للقاضى أن يجبر الحاضنة على الحضانة إذا لم تكن حاضنة مستوفية للشروط سواها (١) .

---

(١) وقد لوحظ أن بعض الأمهات يرسلن أولادهن إلى دور الحضانة أو الاصلاحيات مع صلاحيتهن للحضانة ، ولكن القضاء المصرى أوجب عليها الحضانة وقد جاء فيه :

« إن الفقه الحنفى الذى تتقيد المحكمة بالحكم وفقاً لأرجح الأقوال فيه ما دام لا يوجد نص فى اللائحة أو فى قانون المحاكم الشرعية لا يعرف دور الحضانة ، وهى على أى حال لا يمكن أن تقوم مقام الأم ، والأصلح للصغير وهو مدار الحكم أن تحضنه أمه ما دامت قادرة على ذلك ، ولئن اقتدرت دور الحضانة أن تقدم للطفل أسباب الحياة المادية ، فهى غير قادرة على أن تعوضه عن عاطفة الأم ، تلك العاطفة التى لا توجد فى إنسان غير الأم ، إذ مهما بلغت قسوتها وشذوذها ، فهى أرحم عليه من غيرها ، وللولد حق طبيعى وقانونى فى هذه العاطفة ، ولا يملك أحد إسقاط حقه فى هذا ، ومن ثم لا يسقط حق الصغير على أمه » .

وتقول فى آخر الحكم :

« إن عمل المرأة الأساسى هو الزوجية والأموية ، فلا يصح التخلى من هذا الواجب الطبيعى الأساسى ، بحجة الاشتغال بعمل مهما قيل فى فائدة وصلاحية المرأة له ، فإنه لا يصح =

٣٤٦ – انتهاء الحضانة : تنتهى الحضانة ببلوغ الولد السن التى يستغنى فيها عن النساء ، وقال المتقدمون من الفقهاء إنها تنتهى للغلام إذا كان يستطيع أن يأكل وحده ، ويشرب وحده . ويلبس وحده ، والصغيرة تنتهى حضانتها إذا بلغت البلوغ الطبيعى ، بأن صارت تحيض .

هذا تقدير المتقدمين ، نظروا إلى طبيعة الولد : ولم ينظروا إلى سنه ، ولكن جاء بعد هؤلاء من رأوا الحد بالسن لكيلا تجرى المشاحنة ، وإن حدث اختلاف سهل الاحتكام إلى ضابط معين مستقيم ، فجعل الخصاف سن الحضانة بالنسبة للغلام سبع سنين ، لأنها أقل سن التمييز ، وحيث بلغ هذه السن كان فى حاجة إلى من يهذبه ويعوده عادات الرجال ، وبعضهم جعلها تسعاً ، وأما بالنسبة للجارية ، فإن سن الحضانة تنتهى بتسع ، لأنها تحتاج إلى رعاية النساء ، حتى تتعود عادات النساء ، ثم بعد ذلك تحتاج إلى الحفظ والصيانة ، والرجال على ذلك أقدر ، وبعضهم جعلها إحدى عشرة .

ولقد كان العمل جارياً على قول الخصاف ، إلى أن جاء قانون سنة ١٩٢٩ فنص على أن هذا هو الحد الأدنى لسن الحضانة ، وجعل لها حداً أعلى ، وهو تسع للغلام وإحدى عشرة للجارية ، وترك أمر السنتين إلى تقدير القاضى ، إذ عسى أن يكون الطفل فى حالة ضعف يستدعى مدة بعدها ليكون تحت رعاية النساء ، وطبائع الأطفال وأحوالهن وأجسامهن تختلف ، فجعل للقاضى حق المد سنتين أو بعضهما ، ولذا جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون سنة ١٩٢٩ « رأت الوزارة أن المصلحة داعية أن يكون للقاضى حرية النظر فى تقدير مصلحة الصغير بعد سبع ، والصغيرة بعد تسع ، فإن رأى مصلحتهما فى بقائهما تحت حضانة النساء قضى بذلك إلى

= أن يطلق بل إنه لا يعدل الوظيفة الاساسية الطبيعية للمرأة ، ولو قبلت دعوى عدم القدرة على هذه الأمومة بحجة العمل الحكومى أو غير الحكومى ، لكانت النتيجة أن الإخلال بالالتزام يؤدى إلى الحصول على حق ، وأن الباطل هو سبيل الحق ، وهى نتيجة غير مقبولة (حكم محكمة القاهرة الصادر فى ١٦ أبريل سنة ١٩٥٦ ، والمنشور بالمحاماة لسنة ٣٧ ص ٢٠٢) فليرجع إليه .

تسع فى الصغير . وإحدى عشرة فى الصغيرة ، وإن رأى مصلحتهما فى غير ذلك قضى بضمهما إلى غير النساء .

٤ ـ نفقة الأولاد والأقارب

٣٤٧ ـ ذكرنا الحقوق الثلاثة الأولى ، وهى النسب والرضاعة والحضانة ، والآن نتكلم فى حق رابع . وهو حق النفقة ، وهى لا تتبين على وجهها إلا إذا شرحت نفقة الأقارب بعضهم على بعض ، ولذا نتكلم عنها :

إنه من المقرر أن لبعض الأقارب نفقة على قريبهم الموسر أو الكسوب القادر . ولكن اختلف الفقهاء فى حدود القرابة الموجبة للإنفاق ، فضيق بعضهم دائرتها ووسع آخرون . وتوسط بين هؤلاء وهؤلاء طائفة ثالثة ، فمالك رضى الله عنه ضيق النفقة الواجبة فجعلها على الأبوين والأولاد الصلبيين ، دون بقية الأصول والفروع ، وذلك لقوله تعالى : (وبالوالدين إحسانا) وقوله عليه الصلاة والسلام (أنت ومالك لأبيك) وقوله تعالى : (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) فدلت هذه النصوص على وجوب النفقة على الأبوين والأولاد ، فيقتصر على مورد النص، وليس غير هؤلاء فى قوة قرابتهم حتى يقاسوا عليهم .

وقال الشافعى ، إن القرابة الموجبة للإنفاق هى قرابة الولاد ، أى تجب فقط نفقة الفروع على أصولهم . ونفقة الأصول على فروعهم ، من غير تقييد بدرجة ، لأن الأصول آباء ، والفروع أولاد . فيدخلون فى عموم النصوص السابقة .

وقال أبو حنيفة وأصحابه سبب نفقة الأقارب القرابة المحرمية ، ولو لم تكن قرابة أولاد ، لأن الله سبحانه وتعالى أمر بصلة الرحم على لسان رسوله الكريم ومن صلة الرحم الإنفاق عند الحاجة ، وقد اشترط المحرمية ، لأن التحريم فى النكاح أساسه ما قد يؤدى إليه العقد مع قطع للرحم أحياناً ، فمحافظة عليها كان التحريم ، فاعتبر التحريم مقياساً للرحم الواجب وصلها بالإنفاق ، والرحم التى لا توجب الإنفاق .

وقال أحمد بن حنبل: إن القرابة التى تكون سبباً فى الإنفاق هى القرابة التى يكون فيها القريب الموسر وارثاً للقريب المحتاج إن ترك مالا ، لقوله تعالى فى نفقة الولد : « وعلى الوارث مثل ذلك » ولأن بين المتوارثين قرابة تقتضى أن يكون الوارث أحق بمال المورث من سائر الناس ، فينبغى أن يختص بوجوب صلته بالنفقة دونهم ، فإن لم يكن وارثاً ، لتأخر القرابة الموجبة لذلك ، لم تجب عليه النفقة لذلك (١) .

ولأن الميراث شرط القرابة الموجبة للنفقة عند أحمد ، وجب اتحاد الدين حتى فى نفقة عمود النسب ، أى قرابة الولاد ، لأنه لا توارث بين المسلم وغير المسلم ، فلابد أن يكون كلاهما مسلماً لتجب النفقة .

هذه هى آراء العلماء فى نفقة الأقارب وسبب وجوبها ، فضيق النطاق مالك ، وقاربه فى ذلك الشافعى ، ووسع النطاق الحنابلة ، وتوسط الحنفية .

والمعمول به قول الحنفية ، ولو أن لنا أن نختار لاخترنا قول الحنابلة فى غير نفقة الأصول على فروعهم ، والفروع على أصولهم ، إذ جعل المناط هو الميراث فى غير المذكورين أولى بالقبول ، لأنه إذا كان لفقير عاجز خاله الموسر وابن عمه نجد الحنفية يوجبون النفقة على الخال دون ابن العم ، مع أن الذى يختص بالميراث هو ابن العم إن مات ذلك الفقير عن شىء ، والتعاون وتبادل الصلات يوجبان النفقة على ابن العم دون الخال ، لأن الغرم بالغنم .

٣٤٨ – <u>شروط وجوب النفقة</u> : يشترط لوجوب نفقة القريب على قريبه ما يأتى :

(أ) المحرمية أى أنه لابد أن تكون من القرابة التى تحرم النكاح ، بحيث لو كان أحدهما ذكراً والثانى أنثى تحرم عليه ، وقد علمت أن ذلك رأى الحنفية ، والحنابلة لم يشترطوا ذلك الشرط .

(ب) وحاجة القريب الذى يطالب قريبه بالإنفاق ، فإن لم يكن محتاجاً

---

(١) المغنى ، الجزء التاسع ص ٢٥٨ .

لا يستحق النفقة ، وما دام يجد النفقة الضرورية ، فإنه لا تجب نفقته على غيره لأن هذه النفقة إنما تجب للضرورة ، لدفع الهلاك عن القريب ، فلا تجب ما دام يجد ما يدفع حاجته (١) .

وعلى ذلك إذا كان للولد الصغير مال لا تجب نفقته على أحد ، ولو كان أباه ، بل تجب نفقته فى ماله الخاص ، وإن أنفق أبوه عليه من ماله هو لا يرجع عليه فى ماله ، إلا إذا كان ذلك بأمر القاضى ، أو كان قد أشهد أنه أنفق عليه ليرجع فى ماله ، فإنه من المعتاد أن ينفق الأب على ولده ، ولو كان للولد مال خاص ، فإن لم يشهد ، فإن الإنفاق يكون على مجرى العادة .

(حـ) ويشترط عجز من يطالب بالنفقة ، إلا فى النفقة الواجبة للأصول على فروعهم ، فإن العجز عن الكسب ليس بشرط ، فتجب نفقة الأب على ابنه ما دام محتاجاً ، ولو كان قادراً على الكسب ، وكذلك الجد وإن علا ، سواء أكان من جهة الأب أم كان من جهة الأم ، لأن الله سبحانه وتعالى نهى عن إيذاء الآباء ، وفى إلزامهم بالعمل مع غناهم إيذاء ، ولأن الشرع جعل حقاً فى مال الولد لآبائه ، فقال عليه الصلاة والسلام : (أنت ومالك لأبيك) ولأن الولد كسب أبيه ، فكسب الولد كسب له .

وفيما عدا هؤلاء عجز طالب النفقة لابد منه ليكون له الحق ، لأنه إن كان قادراً على الكسب كان مستغنياً بكسبه أو قدرته ، ولم يكن فى حال ضرورة يتعرض فيها للهلاك إن لم ينفق عليه قريبه .

والعجز يكون بالصغر والأنوثة ، فالصغير والأنثى عاجزان ، ويكون بالمرض المزمن الذى يقعده عن الكسب ، والعمى ، ويكون بالخرق ، بأن

---

(١) إذا كان للفقير دار يسكنها ، وعبد يخدمه أيعد محتاجاً مع بقائهما على ملكه ، أم لا يعد محتاجاً إلا بعد بيعهما وإنفاق ثمنهما ؟ فى ذلك روايتان :

إحداهما : أنه لا يعد محتاجاً ، إذ يستطيع بيعهما ويسكن بالكراء ، ويكترى خادماً .

والرواية الثانية : أنه يكون محتاجاً ، ولو بقى على ملكه لأن بيع المنازل لا يكون إلا نادراً ، وعندى أن الرواية الأولى أرفق لزمننا .

يكون أخرق لا يحسن صناعة (١) أو يكون من أبناء أعيان الناس الذين يلحقهم العار من التكسب أو لا يستخدمهم الناس عادة ، أو يكون طالب علم لا يتفرغ للكسب (٢) ، وقد اشترط أن يكون طالب علم ناجحاً فلا تعطى لمن لا يكون ناجحاً إذ لا جدوى فى طلبه العلم إن كان غير ناجح ، وعليه أن ينصرف لطلب القوت ولا يكون كلا على الناس .

(د) ويشترط يسار المنفق فى غير نفقة أحد الأبوين على الابن ونفقة الولد على أبيه ، فإن لهذه النفقة أحكاماً خاصة بها من حيث اليسار ، وعدم اليسار ، أما غيرها فإن اليسار شرط بالإنفاق ، واختلف فى حده على قولين مصححين (٣) فى المذهب الحنفى .

---

(١) ذكر أن هذا من العجز ابن عابدين فى رسائله .

(٢) جاء فى البحر جـ ٤ ص ٢٢٨ : إن وجوب النفقة لطالب العلم على قريبه هو قول السلف من الفقهاء ، وقد نقل مناقشة عن القنية . هذا نصها :

« الظاهر أنه لم يخف على أبى حامد قول السلف بوجوب نفقة طالب العلم على الأب ومن أفتى بعدم وجوبها لفساد أحوال أكثر طلبة العلم ، فإن من كان منهم حسن السيرة مشتغلا بالعلوم النافعة يجبر الآباء على الإنفاق عليهم . وإنما يطالبهم فساق المبتدعة الذين شرهم أكثر من خيرهم ، يحضرون الدرس ساعة يقضونها بخلافيات ركيكة . ضررها فى الدين أكبر من نفعها ، ثم يشتغلون طول النهار بالسخرية والغيبة والوقوع فى الناس . مما يستحقون به لعنة الله والملائكة والناس أجمعين . فيقذف الله البغض فى قلوب آبائهم . وتنزع عنهم الشفقة ، فلا يعطونهم مناهم فى الملابس والمطاعم . فيطالبوهم بالنفقة ويؤذوهم مع حرمة التأفيف ولو علم بسيرتهم السلف لحرموا الإنفاق عليهم . ومن كان بخلافهم نادر فى هذا الزمان فلا يفرد بالحكم دفعاً لحرج التمييز بين المصلح والمفسد ، قلت : لكن نرى فى طلبة العلم بعد الفتنة العامة — المشتغلين بالفقه والأدب اللذين هما قواعد الدين وأصول كلام العرب ، والاشتغال بالكسب يمنعهم عن التحصيل ، ويؤدى إلى ضياع العلم والتعطيل . فكان المختار قول السلف . وهفوات البعض لا تمنع وجوب النفقة .

(٣) الأقوال المصححة وغير المصححة ، وشرط اليسار ثلاثة :

أحدها : شرطه النصاب الذى يوجب الزكاة وهو أن يكون عنده ما قيمته عشرون مثقالا من الذهب ، زائداً عن حاجته الأصلية .

وثانيها : شرطه النصاب الذى لا يجعل الشخص مستحقاً للزكاة وهو أن يكون عنده ما قيمته عشرون مثقالا مطلقاً . ولو كانت من قوته .

وثالثها : وهو قول محمد أن يكون له كسب دائم فيه ما يفضل عن حاجته وحاجة عياله ويتسع لنفقة القريب ذى الرحم المحرم .

أحدهما — قول أبي يوسف ، أن حد اليسار أن يملك نصاب الزكاة وهو أن يملك ما قيمته عشرون مثقالا من الذهب ، وذلك لأن نفقة ذى الرحم المحرم صلة والصلات المالية كالصدقات إنما تجب على الأغنياء .

وثانيهما — قول محمد ، وهو أن يكون له كسب دائم يكفى حاجته ويزيد فإنه فى هذه الحال ينفق من الزيادة على ذى الرحم المحرم ، وحجته فى ذلك أن النفقة صلة ، وليست زكاة ولا صدقة ، ولذا لا تغنى عن الزكاة والصدقات عند القضاء بها ، فلا يشترط لوجوبها ما يشترط لوجوب الصدقات ، ثم هى حق العبد ، والزكاة حق الله سبحانه وتعالى ، وحقوق العباد لا يشترط لوفائها نوع خاص وهى لدفع الهلاك ، ويجب على كل مسلم القيام بدفع الهلاك عمن له به صلة ، ما دام فى ماله ما يفضل عن حاجته .

ولقد قال صاحب البدائع : إن قول محمد أرفق ، ومال إليه شمس الأئمة السرخسى ، ورجحه الزيلعى ، ولكن قال صاحب البحر أنه لم ير من أفتى به ، فكان الترجيح مختلفاً فيه ، ولعل المناسب لعصرنا هو رأى محمد ، لأنه أرفق بالناس كما قال بعض الفقهاء .

والعمل جار الآن على مذهب محمد ، وإن لم تكن ثمة جدوى فى هذا الخلاف لأنه يندر من يكون ذا كسب ليس عنده فيما يقتنيه أو يدخره نصاب .

هذا شرط اليسار بالنسبة لنفقات الأقارب عامة ، أما نفقة أحد الأبوين على الابن ، أو نفقة الولد على أبيه ، فقد اتفق الفقهاء على أن اليسار ليس بشرط لوجوبها ، وإنما الشرط فى الوجوب هو القدرة فقط ولو كان معسراً ، ولا يسقط الوجوب فى هذا النوع من النفقة إلا إذا كان الأب أو الابن عاجزاً بحيث تكون نفقته على غيره من الأصول والفروع ، فإنه فى هذه الحال يسقط الوجوب عنه ويعتبر فى حكم المعدوم ، لأنه لا يسوغ عقلا أن توجب عليه نفقة غيره ، وهو يأخذ نفقة من غيره .

وعلى هذا قالوا بالنسبة لنفقة الولد على أبيه أنه لا يشارك الأب فى الإنفاق على ولده أحد ، لو كان معسراً ، لأنه منسوب إليه ، وهو جزء منه ، فالإنفاق عليه لا يسقط عنه ، فكذلك إحياء ولده واجب عليه لا يسقط عنه إلا عند العجز وإن كان معسراً ، وليس له كسب يؤمر من تجب عليه النفقة لو لم

يكن الأب موجوداً بالإنفاق ، وتكون النفقة ديناً على الأب يرجع عليه من أنفق عند اليسار ، فإذا كان من تجب عليه النفقة هو الأم تنفق ، وترجع عليه عند الميسرة . وإن كان من تجب عليه النفقة هو الجد ، ينفق ويرجع على الأب عند الميسرة أيضاً . وإذا كان من تجب عليه النفقة هو الأخ تكون النفقة بمقتضى القياس الفقهى ديناً على الأب يرجع إليه عند اليسار (١) .

هذه نفقة الولد على أبيه ، أما نفقة الأبوين على الابن ، فإنها تكون واجبة عليه ولو كان معسراً كسوباً أو لا يكسب إلا ما يكفيه وأولاده ، وفى هذه الحال يجب أن يضم أبويه إلى أولاده ، لأن ما يكفيه وأولاده يكفيهم جميعاً . فلا يفرض القاضى عليه فى هذه الحال نفقة ، ولكن يأمره بضم أبويه إليه . وإذا كان الولد لاعيال له . ويعيش وحده ، فهل يضم الأب ، إن طلب ذلك . إذا لم يكن له فضل كسب تفرض للأب منه نفقة ؟ قال بعضهم يجبر الابن على ضم أحد أبويه الفقير إليه ، لأن طعام الواحد يكفى الاثنين كما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولأن من الواجب عليه دفع الهلاك عن أبيه وأمه . ولو بدفع نصف قوته لهم ، إذ لا يهلك الناس على أنصاف بطونهم . وقد روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : لو أصاب الناس السنة (٢) لأدخلت على أهل كل بيت مثلهم ، فإن الناس لم يهلكوا على أنصاف بطونهم » .

وقال عامة العلماء إنه فى هذه الحال لا يجبر الابن على ضم أبيه الفقير

---

(١) وعلى ذلك يكون على الأخ نفقتان : نفقة أبيه ، لأن وجوب نفقة الأب على ابنه لا يشترط فيها العجز ، بل يكفى ثبوت الإعسار ، ونفقة أخيه التى هى واجبة على الأب ، وهذه يرجع فيها على الأب إذا أيسر ، وهذا مقتضى التخريج على ما قالوه ، هذا ويجب التنبيه إلى أمرين :

(أحدهما) أن عدم مشاركة أحد للأب فى نفقة أولاده متفق عليه بالنسبة للصغار ، أما الكبار العاجزون فذلك هو الراجح أيضاً ، وذكر الخصاف أن النفقة تكون أثلاثاً : ثلثان على الأب، وثلث على الأم ، إن كانت موسرة .

(وثانيهما) أنه روى عن أبى يوسف أنه قال فى ولد صغير له والد محتاج وهو زمن قد سقطت نفقة ولده عنه لا تفرض نفقة الصغير على أقاربه المحارم من قبل أمه ؛ بل تفرض على من تفرض عليه نفقة أبيه ، فتجب على من تجب عليه نفقة أبيه فإن لم يكن فى قرابة أبيه المحارم من ينفق عليه قضى بالنفقة على أبيه وأداه عنه — على أن تكون ديناً — من تجب عليه النفقة من قرابة أمه.

(٢) السنة المراد بها الشدة أو المجاعة أو الأزمة ، وذلك أن العرب كانوا يعبرون عن الأزمة بالسنة . فيقولون عام رخاء وسنة جدب .

إليه ما دام لا عيال له . ولا يفصل عن قوته الضرورى شىء . لأن ضمه يؤدى إلى عجز الابن عن الكسب . إذ لا يأكل ما يكفيه . فلا تكون له القوة على الكسب فيعجز .

وهذا الخلاف إذا كان الأب قادراً غير عاجز . أما إذا كان عاجزاً عن الكسب فإنه يضم إليه بالاتفاق ولو كان الابن يأكل وحده لأنه جزؤه ، وكسب الولد كسب لأبيه (١) ، ومثل ذلك الأم فإنه يفرض عجزها دائماً بسبب أنوثتها .

(هـ) ويشترط اتحاد الدين إذا لم تكن القرابة الموجبة للنفقة قرابة الولادة وهى عمود النسب ، أى أنه لا يشترط اتحاد الدين فى نفقة الأصول الواجبة على فروعهم . ولا فى نفقة الفروع الواجبة على أصولهم ، لأن هذه القرابة سبب وجوب النفقة فيها الجزئية التى تربط بين من تجب له النفقة ومن تجب عليه . فتثبت سواء أثبت الميراث أم لم يثبت . كأن يكون الرجل له ولدان أحدهما مسلم والآخر مسيحى فالنفقة واجبة عليهما . مع أن أحدهما لا محالة لا يرثه لأنه إن كان مسيحياً فالمسلم لا يرثه . وإن كان مسلماً فالمسيحى لا يرثه ومع ذلك وجبت عليهما على السواء .

وأما القرابة الموجبة للنفقة غير قرابة الولادة ، فإنه لابد لثبوتها من تحقق الميراث ، لأن السبب فى وجوبها القرابة المحرمية المورثة . واتحاد الدين شرط فى التوارث بالنسبة للمسلمين مع غيرهم . فلا يرث المسلم من غير المسلم ولا يرث غير المسلم من المسلم .

٣٤٩ — ترتيب من تجب عليهم : إذا كان من تجب عليه النفقة واحداً أداها وإن تعدد من تجب عليهم ، وكانوا فى درجة واحدة وقوة قرابة واحدة ، كابنين أو بنتين أو أخوين شقيقين ، أو لأب ، فإن النفقة تكون عليهم

---

(١) جاء فى البدائع : « لو قال الأب للقاضى إن ابنى هذا يقدر على أن يكتسب ما يفضل عن كسبه بما ينفق على ، لكنه يدع الكسب عمداً ، يقصد بذلك عقوقى ، ينظر القاضى فى ذلك ، فإن كان الأب صادقاً فى مطالبته أمر الابن بأن يكتسب فينفق على أبيه وإن لم يكن صادقاً تركه » .

بالتساوى ، ولو تفاوتوا فى الثروة مع ثبوت أصل اليسار ، إذ الشرط الموجب للإنفاق ثابت عندهم (١) .

وإن اختلفت درجاتهم فى القرابة أو فى قوة القرابة أو نوعها ، فهنا قد اضطربت أقوال الفقهاء فى ترتيب من تجب عليهم النفقة ، وقد حاول ابن عابدين تلخيص الأقوال المأثورة عن فقهاء المذهب الحنفى ، فضبطها فى سبع أحوال ، نذكرها كما ضبطها .

وقبل أن نخوض فى بيانها نذكر قضيتين هما موضع اتفاق فى الفقه الحنفى ، وقد نوهنا عنهما فى كلامنا السابق وهما :

(أ) لا يشارك الولد فى نفقة أبويه أحد ، سواء أكان الولد ذكراً ، أم كان أنثى موسرة .

(ب) ولا يشارك الأب فى نفقة أولاده الصلبيين أحد ، فحيثما كان للمستحق للنفقة ولد يستطيع الإنفاق عليه ، فلا نفقة تجب على أحد سوى ولده ، وحيث كان للولد أب ، فلا نفقة له على أحد سوى أبيه .

٣٥٠ - ولنذكر بعد ذلك الأحوال التى ذكرها ابن عابدين :

الحالة الأولى - إذا كان من يستحق النفقة أصلا ، وله عدة فروع قد استوفوا شروط الوجوب اللازم تحققها فى الوجوب عليهم ، فإن ترتيب الوجوب عليهم بالقرب والجزئية ، ولا اعتبار للميراث قط ، لأن علة ثبوتها الجزئية ، وليس للميراث دخل فيها . ولذلك إذا كان للأصل بنت وابن ، فإن النفقة عليهما بالتساوى إن كانت البنت موسرة ، وإن كان له ولدان أحدهما مسلم والآخر غير مسلم فالنفقة على السواء . وإن كان له بنت بنت ،

---

(١) جاء فى البحر فى حكم ما إذا كان من تجب عليهم النفقة بينهم تفاوت فى اليسار : « فى الخانية إن كان للفقير ابنان أحدهما فائق فى الغنى . والآخر يملك نصاباً ، كانت النفقة على السواء .. وذكر فى الذخيرة خلافاً ، وعزاه فى الخانية إلى مبسوط محمد ، ونقل عن الحلوانى أنه قال : قال مشايخنا هذا إذا تفاوتا فى اليسار يسيراً . أما إذا تفاوتا تفاوتاً فاحشاً وجب أن يتفاوتا فى قدر النفقة » هذا ما جاء فى البحر ونراه مقبولا معقولا وينبغى أن يكون العمل عليه ، فهو الذى يتفق مع روح عصرنا ، وهو المعقول فى ذاته .

وابن ابن فهما على السواء . ولو كان الميراث لابن الابن دون بنت البنت ، وإن كان له بنت ابن ابن وبنت بنت ، فإن النفقة على بنت البنت وحدها ، لأنها أقرب . وهكذا يقدم الأقرب ، وإن كان غير وارث ، فإن اتحدا فى القرب . كانت النفقة عليهما على السواء من غير نظر إلى الميراث .

(الحالة الثانية) إذا كان من يستحق النفقة له فروع وحواش . فإن كان له أولاد أو أولاد أولاد ، وإن نزلوا ، وله أعمام أو أخوال أو إخوة ، وأخوات فإن الحواشى لا يفرض عليهم شىء مع وجود الفروع الذين يمكن فرض النفقة عليهم ، لاستيفاء الشروط ، بل ينظر فى الأمر كأن الموجودين فروع فقط . ويكون الاعتبار بالقرب والجزئية ، فأيهم أقرب قضى عليه من غير نظر إلى كونه وارثا أو غير وارث ، كما ذكرنا .

(الحالة الثالثة) أن يكون لمن يستحق النفقة أصول وفروع قد استوفوا شروط الوجوب . وفى هذه الحال تكون النفقة على الأقرب درجة ، سواء أكان هو الوارث أم كان الوارث غـيره . فإذا كان لمستحق النفقة أب وابن ابن فالنفقة على الأب . وإن كان الأب دون ابن الابن فى الميراث ، فإن تساوى فى القرب وكان هناك دليل مرجح ، قدم من يرجح الدليل الوجوب عليه . فلو كان له أب وابن . كان الوجوب على الابن ، لأن الدليل يجعل للأب فى مال الابن شبهة الملك إذ يقول ﷺ (أنت ومالك لأبيك) فكان هذا النص دليلا مرجحاً لوجوب الإنفاق على الابن دون الأب . فإن تساووا فى القرب ، ولا مرجح لأحد الفريقين كانت النفقة على حسب الميراث ، لقوله تعالى : (وعلى الوارث مثل ذلك) ، فإن كان له أبو أب ، وابن ابن فهى عليهما بحسب ميراثهما ، فيكون على الجد السدس ، وعلى ابن الابن خمسة الأسداس ، وإن كان له أبو أب ، وبنت بنت فالنفقة كلها على أبى الأب ، لأنه المنفرد بالميراث .

(الحالة الرابعة) أن يكون لمستحق النفقة أصول وفروع وحواش ، وفى هذه الحالة يلغى اعتبار الحواشى ، لأنهم لا وجوب عليهم مع وجود الفروع ، ويكون الحكم كما إذا اجتمع فروع وأصول من غير حواش ، أى أنه يطبق حكم الحال السابقة تماماً .

(الحالة الخامسة) أن يكون له أصول فقط . فإن كان الأب فيهم ، فإن النفقة عليه وحده ، لما علمت من أنه لا يشارك الأب فى نفقة ولده الصلبى أحد ، سواء أكان ذكراً أم أنثى . فإذا كان أب وأم فالنفقة على الأب وحده لأنه منسوب إليه . وإن لم يكن فيهم أب ، وكانوا جميعاً وارثين ، اعتبرت النفقة على حسب الإرث ، فمن له جد صحيح وإن علا وأم يكون على حسب الميراث فيكون على الجد الثلثان وعلى الأم الثلث . وإن كان له أم أم ، وأم أب ، وأبو أب ، فإنه يكون على الجدتين السدس تشتركان فيه مناصفة ، وعلى الجد الباقى ، لأن الميراث كذلك . وإذا كان له أبو أبى أب ، وأم أم فالنفقة عليهما أسداساً ، عليها السدس وعليه الباقى .

وإن كان بعضهم وارثاً وبعضهم غير وارث ، فالنفقة على أقربهم بالمستحق لها ، فإن كان له أبو أم وأم فالنفقة على الأم ، وإن كان له أبو أم وأبو أبى أب ، فإن النفقة على أبى الأم بمقتضى القياس ، لأنه الأقرب ، وإن كان غير وارث ، وهذا الحكم أخذ من تعليلهم (١) . وإن تساووا فى القرب قدم الوارث ، كأبى أم وأبى أب ، فإن النفقة تكون على أبى الأب .

---

(١) هذا حكم أخذه ابن عابدين بالتخريج على أقوال من سبقوه ولم ينصوا عليه وهذا نص كلامه : « أما اعتبار القرب والجزئية إذا كان فيهم غير وارث فلما فى القنية لو كان له أم ، وجد لأم فعلى الأم ، أى لترجحها بالقرب واختصاصها بالإرث ، دون الجد المذكور ، وفى حاشية الخير الرملى على البحر ، وإذا اجتمع أجداد وجدات لزمت على الأقرب ولو لم يدل به الآخر — أى كجد أبى الأم ، وجد أبى الأب ، ومقتضاه لزومها على أبى الأم » هذا نص ما قاله ابن عابدين ، وتراه استنبط ذلك الحكم استنباطاً من غير نص عليه ، ولنا أن نغلطه فى هذا الاستنباط لأنه علل كلام القنية فى تقديم الأم على الجد لأم بأنها أقرب ، وأنها ترث ولم يعلله بالقرب فقط ، وإن الخير الرملى خشى أن يفهم أن تقديم الأقرب إذا أدلى به الأبعد ، فقال إنه يقدم وإن لم يدل الأبعد به ، وفسر ذلك ابن عابدين بضرب المثل بأبى أم مع أبى أبى الأب ، واستنبط الحكم وكان يمكن أن يكون المثل هو أبو أم وأبو أم أم ، وفى هذه الأمثلة يكون تقديم الأقرب لاشائبة فيه ، ثم إن تعليله كلام القنية لتقديم الأم على الجد لأم بقربها وإرثها يدل على عدم إلغاء الإرث ، ولذا كان الإرث غير ملغى اعتباره ، إذا كان أحد الأصلين وارثاً والآخر غير وارث ، فابن عابدين لا يلغى اعتباره ، لكن أينظر إليه قبل النظر إلى القرب فيرجح الوارث مطلقاً ، أم ينظر إليه بعد القرب ، فلا ينظر إليه إلا عند التساوى ، أرى أنه ينظر إليه قبل القرب ليستقيم منطق المذهب والفروع لا تجافى ذلك ، وليكون متفقاً مع قوله تعالى : (وعلى الوارث مثل ذلك) .

(الحالة السادسة) أن يكون له أصول وحواش فإذا كان أحد الصنفين ليس وارثاً ، والآخر وارثاً ، فإن اعتبار الإرث يلغى ، وتكون النفقة على الأصول وحدهم ، ولو كانوا هم غير الوارثين ، فلو كان له أبو أم وأخ شقيق ، فالنفقة كلها على أبى الأم (١) ، وإن كان له أبو أب وعم شقيق ، فالنفقة كلها على أبى الأب لأن أحد الصنفين وارث ، والآخر غير وارث ، لأن أبا الأب هو الوارث . وإذا كان الصنفان وارثين فإن النفقة تكون على حسب الميراث ، فإن كان له أخ شقيق وأم تكون بينهما أثلاثاً ، على الأم الثلث وعليه الثلثان . وإن كان له أم أم وعم ، فالنفقة عليهما أسداساً ، عليها السدس وعليه الباقى ، وكذلك إذا كان له أم أب ، وأخ شقيق أو لأب وهكذا .

وإذا تعدد الأصول عند اجتماعهم بالحواشى ، يرجح الأصول فيما بينهم بطريق الترجيح التى ذكرت إذا لم يكن إلا أصول ، ثم ينظر إلى من تجب عليه النفقة على فرض أنه لا يوجد إلا أصول ، ثم يوازن بينه وبين الحواشى وتفرض على أحدهما أو عليهما ، فإن كان للشخص أم أم وأم أب وعم شقيق ؛ فإن النفقة تكون أسداساً ، على الجدتين السدس تشتركان فيه ، وعلى العم الباقى . وإن كان له عم ، وأم ؛ وأبو أم ، فإن أبا الأم ليس عليه شئ ، لتقدم الأم عليه . والنفقة تكون بين الأم والعم أثلاثاً ، وهكذا .

وكان مقتضى القواعد السابقة أنه لو كان للشخص أم وأبو أب وعم ، أن تكون النفقة على الأم وأبى الأب ، فتكون أثلاثاً بين أبى الأب والأم لأن أحد الصنفين وارث ، والآخر غير وارث فتكون على الأصول وحدهم وهم قد تعددوا فيكون التوزيع بينهم كما لو كانوا وحدهم وإذا كانوا وحدهم كان الحكم كذلك ، ولكن ابن عابدين يرى أن النفقة كلها تكون على الجد وحده لأنه لما اجتمع مع العم أو مع أية عصبة سواه من الحواشى فقد قدم عليه

---

(١) هذا منصوص عليه فى أمهات الكتب ، وليس استنباطاً لابن عابدين وهو مأخوذ على الفقه الحنفى إذ أشرك الحواشى إن كان كلاهما وارثاً ، وأبعد الحواشى عن وجوب النفقة إن انفردوا بالميراث ، وذلك منطق غريب .

باعتباره قائماً مقام الأب وإذا قام مقام الأب فانه يكون مثله لا يشاركه أحد في نفقة ولده (١) .

وإن منطق ابن عابدين ألا يمكن أن يستقيم الآن على الإخوة والأخوات الأشقاء أو لأب ، لأنه لا يحجبهم فى الميراث ، كما هو مذهب الصاحبين ، والأئمة الثلاثة ، فلا يعد قائماً مقام الأب ، وعلى ذلك تكون النفقة على الأصول والحواشي بنسبة الميراث ، لأن الصنفين كلاهما وارث ، فإذا كان الفقير العاجز له أبو أب وأم وأخ شقيق ، فإن النفقة تكون عليهم بنسبة الميراث ، فيكون على الأم الثلث وعلى الجد مثله ، وعلى الأخ الشقيق كذلك ، وإذا كان للشخص أم ، وأخت شقيقة ، وأبو أب فإن النفقة تكون عليهم ، على الأم الثلث ، وعلى الجد السدس ، وعلى الأخت الشقيقة النصف لأنه فى

(١) أصل هذه المسألة أنه جاء فى الخانية : إذا كان له أم ، وجد لأب ، وأخ شقيق ، قال أبو حنيفة إنها على الجد وحده ، لاهو مذهب الصديق رضى الله عنه ، فالأصل إذن فى هذه القضية أن أبا حنيفة يجعل الجد أباً فى الميراث ، فجعل النفقة عليه أيضاً عندما يكون أم وجد وإخوة ، إذ لو كان مع الأم أب تكون النفقة على الأب ، إذ لا يشاركه فى الإنفاق على ولده أحد .

لقد روى عن أبى حنيفة أنه قال ذلك ، ولو لم يكن ثمة إخوة أشقاء أو لأب ، فإذا كان جد صحيح وأم ، فإن النفقة تكون على الجد وحده . ولذا جاء فى حاشية البحر لابن عابدين ما نصه ، فى حال اجتماع الجد الصحيح مع الأم ، قال الرملى : قال فى التتار خانية نقلا عن المحيط تجب عليهما أثلاثاً ، بخلاف الأب فى ظاهر الرواية ، وروى الحسن عن أبى حنيفة أن النفقة على الجد كلها ، وهو أليق بمذهب أبى حنيفة فى الميراث ، فإنه يلحق الجد بالأب مطلقاً ، حتى قال الجد أولى من الإخوة والأخوات ، فعلى ما روى الحسن الجد كالأب فيها » .

هذه نصوص الموضوع فى أمهات كتب الفقه الحنفى . وهى تتفق مع آراء أئمته وعلى ذلك ينبغى أن يكون انفراد الجد بالنفقة ، وتنزيله منزلة الأب فيها يقتصر على مذهب أبى حنيفة فى كل الأحوال ، لا فى حال وجود عصبة من الحواشى فقط ، وهذا غير مذهب الصاحبين ، ولكن ابن عابدين قال : كلما كانت أم وجد صحيح وإخوة أشقاء أو لأب أو عم أو ابن أخ ، فإن النفقة على الجد وحده . لتنزيله منزلة الأب . وأجد هذا كله مستقيما على مذهب أبى حنيفة . وإن كان ناقصاً إذ كان يجب أن يكون عاماً ، أما مذهب الصاحبين فإنه لا يجعل الجد الصحيح أباً فى الميراث قط ، وعلى ذلك لا ينفرد بوجوب النفقة ولو حجب العم وابن ابن الأخ لأنه لا يحجبهم بوصف كونه أباً فى الميراث وهو قريب من مذهب الصاحبين . فإذا كان جد وأم وعم . فالنفقة أثلاثاً على الأم والجد .

هاتين الصورتين وأشباههما لا يمكن أن يكون قائماً مقام الأب بحجب الإخوة والأخوات ، وكان الميراث هنا للصنفين ، فنطبق حكم ما إذا كان الميراث للصنفين ..

(الحال السابعة) أن يكون لطالب النفقة حواش فقط ، فإن النفقة تتبع الميراث فإن كان للشخص عم وخال ، فالنفقة على العم ، وإذا كان ابن الأخ وبنت الأخ تكون على ابن الأخ دون بنت الأخ ، وإن كانوا جميعاً ورثة فهى عليهم بنسبة ميراثهم ، فاذا كان له أخ شقيق وأخت لأم ، فهى عليهما أسداساً على الأخت لأم السدس ، وعلى الأخ الشقيق الباقى ، وإن كان له عمة وخالة ، فالنفقة عليهما أثلاثاً ، على العمة الثلثان ، وعلى الخالة الثلث ، وذلك لأن الميراث على هذا الأساس .

ويجب أن يلاحظ شرط المحرمية مع ملاحظة أن تكون المحرمية بسبب القرابة ، فلو كان للفقير العاجز ابن عم هو أخوه رضاعا ، فلا نفقة عليه ، لأن المحرمية ليس سببها القرابة ، وإنما سببها الرضاعة ، والرضاعة لا توجب النفقة ، إنما الذى يوجبها هو القرابة ، فلابد أن تكون المحرمية بسببها .

٣٥١ — هذا إذا كان من ذكرنا من الأصول والفروع والحواشى موسرين ، فان كان بعضهم موسراً ، والآخر معسراً ، وكان المعسر هو الذى تجب عليه النفقة فان كان هو الأب أو الابن ، فقد علمت حكمهما ، وهو أنهما لا يعفيان من الإنفاق إلا إذا كان ثمة عجز وعدم قدرة على الكسب مطلقاً ، وعندئذ يكون الابن أو الأب فى حكم المعدوم ، وتجب النفقة على من سواه ، ويفرض أنه غير حى ، أما ما عدا الأب والابن ، فان كان من تجب عليه النفقة معسراً تجب على من عداه ، ويفرض معدوماً غير موجود فى صورتين .

(إحداهما) أن يكون أساس الإنفاق هو القرب والجزئية فقط ، كما فى نفقة الأصول الواجبة على الفروع ، فإذا كان للشخص بنت بنت غنية ، وابن ابن فقير ، يفرض ابن الابن معدوماً ، وتجب النفقة كلها على البنت ، إذ لو كان موسراً لكانت عليهما مناصفة . فاذا كان عاجزاً كانت عليها وحدها وكذلك إذا كان ثمة أبو أم معسر وأبو أبى أب موسر ، فان النفقة كلها تكون

على أبي أبي الأب . ويفرض الأول معدوماً ، وذلك إذا لم يكن ثمة حواش .

(والثانية) إذا كان أساس النفقة هو الميراث ، وكان من تجب عليه النفقة بمقتضى ذلك معسراً ، وهو ينفرد بالميراث ويحجب غيره فإنه يفرض معدوماً لكي تجب النفقة على غيره ، كأن يكون له أخ شقيق ، وأخ لأب وأخت لأب والأخ الشقيق معسر ، وهو من كانت عليه النفقة ، فإنه فى هذه الحال يكون فى حكم الميت فيمكن فرض النفقة على غيره ؛ إذ أساس نفقة الحواشي الميراث ، وإن فرض حياً لا يمكن فرض ميراثهم ، فيفرض ميتاً ، وتجب النفقة فى هذه الحال على الأخ لأب ، والأخت لأب أثلاثاً عليها الثلث وعليه الثلثان ، لأن ميراثهما كذلك .

وإذا كان المعسر الذى وجبت عليه النفقة أو بعضها لا ينفرد بالميراث فانه لا يفرض معدماً ، بل يفرض موجوداً ، وتقدر سهام الميراث ، ثم تطرح سهامه وتقسم النفقة على باقى السهام ، فإذا كان للشخص أم ، وأخ شقيق ، وأخت شقيقة وأخت لأم ، وأخ لأم ، والأخ الشقيق معسر ، فإنه فى هذه الحال يفرض موجوداً ، وتبين سهام كل واحد ، كما لو كان وارثاً ، فيكون للأم سهم ، وللأخت لأم سهم مثله ، وكذلك للأخ الشقيق سهمان ، وللأخت الشقيقة سهم واحد ، ثم يطرح سهما الشقيق لعسره ، وتقسم النفقة بعد ذلك على أربعة ، وهى عدد السهام الباقية ، ففرض المعسر موجوداً ليعرف مقدار الواجب على كل من الموسرين ، وإذا كان للشخص جد صحيح معسر ، وأم ، وأم أب ، فان الجد لا يفرض معدوماً ، بل يفرض موجوداً ، ويبين سهمه فى الميراث ، وسهم الأم ، فيتبين أن له الثلثين ، والأم الثلث ، ولا يجب عليه شيء ، وتجب النفقة كلها على الأم ، ولو كان الشخص له أم معسرة ، وأم أب ، وعم ، فإن الأم تفرض موجودة ، وتكون النفقة كلها على العم لأن فرض الأم موجودة يحجب الجدة ، فلا يكون لها سهم فى النفقة وتكون كلها على العم .

٣٥٢ — تقدير النفقة وطلبها : جاء فى البدائع أن نفقة الولاد لا تحتاج إلى قضاء القاضى لوجوبها . أما نفقة الحواشى ، فإنها تحتاج إلى قضاء القاضى

لو جوبها وكان ذلك الفرق ، لأن نفقة الولاد سببها الجزئية ، فهى من قبيل إحياء الإنسان نفسه أو من هو كنفسه ، أما غير الولاد فليست كذلك ، ولقد ترتب على ذلك الحكم أنه إن كان من تجب عليه النفقة غائباً ، ووجبت عليه نفقة أبويه أو أولاده العاجزين ، وله مال ، فإن لهم أن يأخذوه ، وللقاضى أن يأمرهم بأخذ نفقتهم من ماله الحاضر ، ويأمر المودع الذى تحت يده المال باعطائهم إذا كان مقراً بالوديعة ، وكذلك المدين مع أخذ كفيل إن رأى القاضى ذلك ، ولا يعد ذلك قضاء ، بل هو إعانة على أخذ الحق ، وعلى أى حال ليس للمودع أو المدين أن يدفع إلا بأمر القاضى ، وذلك كله إذا كان المال الحاضر من جنس النفقة ، وإذا لم يكن من جنس النفقة فليس لهم أن يبيعوه ليأخذوا ، وليس للقاضى أن يأمر ببيعه ، بيد أن أبا حنيفة أجاز للأب أن يبيع عروض ولده لينفق منها ، وذلك كله لورود النص بأن مال الولد للأب فيه نوع ملك لقوله عليه الصلاة والسلام (أنت ومالك لأبيك) ولأن الولد كسب أبيه ، وقد خالف فى ذلك الصاحبان ، لأن الأب ليست له ولاية على ولده الكبير .

ويلاحظ أنه إن كان للغائب مال من جنس النفقة ، ليس تحت يده وله عند وديع مال من جنسها ، ودين عند آخر من جنسها ، يأمره القاضى بالأخذ من المال الذى ليس تحت يد أحد ، ثم الذى تحت يد المودع ، ثم المدين ، لعدم تعرض حقوق الآخرين للضياع ، ولابد أن يقرا بالوديعة والدين أن يعلم القاضى (١) .

أما إذا كان الموسر غائباً ، وكان المستحق لها الحواشى ، فإنه لا يثبت الوجوب بل ينتقل الوجوب إلى الحاضرين ، ولو كانوا أقل رتبة منه ، ويفرض كأنه معسر ، وذلك لأن هذه النفقة للحاجة وتحتاج إلى قضاء القاضى ، والقضاء على الغائب غير جائز فى مذهب أبى حنيفة ، لأنه لا يصح القضاء حتى يسمع كلام الخصم ولذا كان القضاء على الغائب غير ممكن بمقتضى

---

(١) لو كان لمستحق النفقة ابن غائب وليس له مال حاضر ، وله ابن حاضر ، موسر أمر الابن بالإنفاق ! ويرجع بما أنفق على الابن إلا إذا حضر ، لأن الغياب فى نفقة الولادة لا يسقط الوجوب ما دامت لا تحتاج إلى قضاء بل يستمر ويقضى على الحاضر . ويكون ديناً عليه .

المذهب الحنفى . ولا يمكن الانتظار حتى يحضر الغائب فكانت المصلحة قاضية بأن ينتقل الوجوب على غيره ، ويفرض أنه غير موسر ، ولابد فى فرض نفقة الحواشى من تقدير القاضى وحكمه بها ، أما فى غيرها ، فلا يحتاج وجوبها إلى قضاء القاضى كما ذكرنا .

وتقدر نفقة الأقارب مطلقاً بالكفاية ، فتقدر بمقدار ما يسد حاجة القريب المحتاج ، على شرط أن يكون ذلك فى قدرة المنفق من غير إرهاق ، بحيث يكون مقدارها فاضلا عن حاجته الأصلية لأنه صح فى الأثر (ابدأ بنفسك ثم بمن تعول) .

وإذا كان من تجب له النفقة يحتاج إلى خادم يخدمه لزمانة أو شيخوخة ، أو نحو ذلك وجب على المنفق أن يقدم نفقة الخادم وأجرته ما دام ذلك فى طاقته ، ويفضل عن حاجته الأصلية .

وإذا كان للفقير زوجة فإن كان المستحق أصلا والواجب عليه النفقة، فرعه فإنه تجب عليه نفقتها ، وبعض الروايات تفرض نفقة زوجة الأصل سواء أكان محتاجاً إليها لتقوم بشئونه أم غير محتاج إليها ، وذكر شمس الأئمة الحلوانى رواية أخرى وهى أن زوجة الأصل إنما تجب نفقتها إذا كان مريضاً ، أو به زمانة يحتاج إلى الخدمة ، أما إذا كان صحيحاً فلا تجب ، لأن هذه النفقة للحاجة ، ولا حاجة إلى الزوجة إذا كان صحيحاً لا يحتاج إلى خدمتها ، ووجه الأولى أن نفقة الأصول ليست لسد الحاجة والضرورة فقط ، بلا للإحسان الذى أمر الله به فى قوله تعالى : « وبالوالدين إحساناً » ولذا وجبت إذا كان الأصل فقيراً غير عاجز ، ومن الإحسان أن ينفق على زوجته إذا كان الفرع فى سعة تسمح بذلك ، وتكون هذه النفقة فاضلة عن حاجته كما قلنا .

أما غير الأصل فلا تفرض نفقة لزوجته بل تكون نفقتها على ذى رحم محرم منها يقدمها ، وتكون ديناً على زوجها .

٣٥٣ — سقوط نفقة القريب : إذا وجبت نفقة القريب لا تكون ديناً فى الذمة قط إلا إذا أمر القاضى باستدانتها واستدانها فعلا ، فإذا حكم القاضى بنفقة قريب ومضى شهر على استحقاقها لا يطالب بنفقة ذلك الشهر الذى مضى ، ولكن يطالب بنفقة الشهر الحاضر ، وذلك لأن هذه النفقة لسد

الحاجة ، وإذا مضى الشهر من غير أخذها فهو دليل أنه استطاع أن يسد حاجته فى هذا ، ولكنه إذا استدانها بأمر القاضى أو بأمر المنفق فإنها تثبت ديناً للغريم من أول الأمر على من تجب عليه النفقة ، لأن الاستدانة كانت بالنيابة عنه إن كانت بأمره ، وأمر القاضى كأمره ، لأنه رأى ذلك طريقاً لحمله على أداء ما يجب عليه ودفع ظلم المطل .

وإذا مات من يستحق النفقة قبل أن يأخذها أو يستدينها ، فليس لورثته أن يطالبوا بها ، لأنها لم تثبت ديناً .

ولقد استثنى بعض الفقهاء من هذا الحكم نفقة الصغير على أبيه ، إذ تكون فى حكم نفقة الزوجة فى الفقه الحنفى ، فلا تسقط بعد الفرض والتقدير بمضى شهر لأنها تكون كنفقة الزوجة ، وقد نقل الزيلعى ذلك عن الذخيرة ، ووافقه من جاء بعده ، وضعفه بعض الكتاب ، ولكن جرى عليه عمل القضاة ، لأنه أرفق بالناس ، لأن الأم قد تضطر للإنفاق على ولدها ، والأب يستغل ذلك الاضطرار سبيلا للإسقاط شهراً بعد شهر ، ولقد قال تعالى : (لا تضار والدة بولدها ، ولا مولود له بولده) .

٣٥٤ — موازنة بين نفقة الزوجية والقرابة : تفترق نفقة القرابة عن نفقة الزوجية من حيث سبب الوجوب ، ومن حيث شرطه ، ومن حيث ثبوتها فى الذمة ، ومن حيث التقاضى الآن فى شأنها ، ومن حيث الاختصاص .

(أ) فأما الافتراق من جهة السبب فلأن نفقة الزوجية جزاء الاحتباس فسببها الزوجية وشرطها الاحتباس أو الاستعداد له ، ولذا تجب سواء أكانت غنية أم كانت فقيرة وسواء أكان هو عاجزاً عن الكسب أم كان غير عاجز ، وإذا تسلمت القدر المفروض وهلك فليس عليه شىء ، لأنه عوض قد وصل إلى صاحبه فإذا هلك فليس عليه شىء ، أما نفقة القرابة فسببها فى قرابة الولادة الجزئية ، وفى غيرها الرحم المحرمية ، مع الأهلية للميراث ، والحكمة فيها صلة الرحم ، ودفع الهلاك عنه ، ولذا لا تجب إلا عند الحاجة إليها ، وإذا أخذ القدر المفروض فهلك عنده وجب أن يقدم له قدراً آخر ، لأن المقصد دفع الهلاك ، ولم يتحقق بما دفعه أولا .

(ب) وأما افتراقهما من جهة الشرط ، فلأن نفقة الزوجية تثبت من غير اشتراط عجز أو حاجة عند الزوجة أو يسار أو قدرة على الكسب عند الزوج بخلاف نفقة القرابة ، فإنه يشترط إعسار طالب النفقة ، وعجزه فى غير نفقة الأصول الواجبة على فروعهم ، كما يشترط يسار من تجب عليه النفقة فى غير نفقة الولد على أبيه ، والأبوين على ولدهما ، وقد فصلنا ذلك فى مواضعه ، فارجع إليه .

(حـ) وأما من حيث الثبوت ديناً فى الذمة فمذهب الحنفية هو المعمول به فى نفقة الأقارب من غير تعديل، وهو أن النفقة للأقارب لا تكون ديناً فى الذمة إلا إذا أمر القاضى باستدانتها ، واستدانها فعلا ، وفيما عدا ذلك نفقة الأقارب لا تكون ديناً إلا ما اختاره الزيلعى من أن نفقة الصغير على أبيه تكون ديناً كنفقة الزوجية فى المذهب الحنفى ، ويثبت من وقت القضاء بها .

أما نفقة الزوجية فإنها بمقتضى مذهب أبى حنيفة تكون ديناً من وقت القضاء أو التراضى على مقدارها ، وعلى حسب المعمول به تكون من وقت الامتناع عنها مع وجوبها ، وإذا كانت ديناً فإنها تكون ديناً قوياً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، على حسب المعمول به .

ويجب أن يلاحظ هنا أن نفقة الصغير على أبيه على ما اختار القضاة العمل به تكون ديناً ، ولكن تفترق فى العمل عن دين الزوجية ، لأن دين الزوجية دين قوى لا يسقط بالأداء أو الإبراء ، أما دين نفقة الصغير فإنه دين غير قوى كما يسقط بالأداء والإبراء يسقط بموت الصغير ، فلو تجمد للصغير مقدار من النفقة ثم مات ، ولم يكن القاضى أمر بالاستدانة فإنه يسقط ، ومن جهة أخرى نفقة الزوجية تصير ديناً من وقت الامتناع مع الوجوب ، بينما نفقة الصغير لا تكون ديناً إلا من وقت الحكم أو التراضى .

(د) وأما الافتراق من جهة الاختصاص القضائى فإن نفقة الزوجة يكون حكم المحكمة الجزئية فيها نهائياً إذا لم يزد ما يطلب الحكم به على مائة قرش فى الشهر أو لم يحكم بأكثر من ذلك ، ويكون الحكم قابلا للاستئناف إذا زاد على ذلك ، ومثل هذا نفقة الصغير على أبيه ، إذ يأخذ حكم نفقة الزوجية بالنسبة لأمه .

أما نفقة الأقارب غير الصغيرة والصغير على غير أبيه ، فإن حكم المحاكم الجزئية فيها مهما يقل المقدار حكم ابتدائى قابل للاستئناف ، لما تحتاج إليه من تحقيق شروط ، وترتيب فى درجات الوجوب ، وكل ذلك موضع نظر .

٣٥٥ — ونريد أن نذكر هنا أمرين تتميما لموضوع النفقات على الأقارب :

(أحدهما) أنه من المقرر أن نفقة القريب لا تجب على قريبه إلا إذا كان الثانى موسراً ، وقد يختلفان فى تحقيق هذا الوصف ، وقد قرر فقهاء الحنفية أن الأصل هو الإعسار ، حتى يقوم الدليل على خلافه ، وعلى مدعى اليسار إقامة الدليل المثبت اليسار . فان لم يقمه ، فالقول للآخر مع يمينه ، وإذا كان اليسار ثابتاً فى الماضى ، ثم ادعى طروء الإعسار كان القول قول مدعى اليسار وعلى مدعى الإعسار أن يقيم الدليل عليه . وقد جاء فى البدائع فى باب أخذ الأب من مال ابنه الغائب « إذا حضر الابن فقال للأب كنت موسراً ، قال الأب كنت معسراً ينظر إلى حال الأب وقت الخصومة ، فإن كان معسراً ، فالقول قوله . وإن كان موسراً فالقول قول الابن ، لأن الظاهر استمرار حال اليسار والإعسار والغير خلاف الظاهر » .

(ثانيهما) أن الفقير العاجز عن الكسب إذا لم يكن له ذو رحم محرم ينفق عليه ، فان نفقته تكون واجبة فى بيت المال ، وقد فهم بعض القضاة أن القاضى له أن يلزم بيت المال بالإنفاق ، كما يلزم آحاد الناس ، فقضى على وزارة المالية بنفقة فقير عاجز . ولكن وزارة العدل أصدرت المنشور رقم ٢٦ لسنة ١٩٢٢ ، ومنعت به القضاء من سماع هذه الدعاوى (١) .

---

(١) هذا نص المنشور « علمت الوزارة أن بعض المحاكم رفعت أمامها دعاوى على وزارة المالية بطلب فرض نفقة لفقر المدعين وعجزهم عن الكسب ، وعدم وجود من تجب نفقتهم عليه ، ومن حيث إن هذه الدعاوى غير مسموعة شرعاً ، لأن شرط سماع الدعوى أن تكون ملزمة شرعاً . وهذه الدعوى غير ملزمة شرعاً .

(أولا) لما يؤخذ من القنية عن الإمام الوبرى من أن الإمام ليس بملزم قضاء بإعطاء من له حظ فى بيت المال . بل له الخيار فى المنع والإعطاء . وأما ما قاله ابن عابدين تعليقاً على عبارة =

وقد بنى المنشور المنع :

(أ) على ما نص عليه فى القنية عن الإمام الوبرى ؛ من أن للإمام الخيار فى الإعطاء والمنع ، فالدعوى إن سمعت تكون ملزمة بما لا إلزام فيه فلا تصح .

(ب) وعلى أن كتب الفقه تصرح بأن الصرف فى مصارف بيت المال ، وخصوصاً الرابع منه مفوض لرأى الإمام ، والبيت الرابع هو الخاص بالأموال التى لا مالك لها ، كالمال الذى لا وارث له ، واللقطة ونحوها .

(حـ) وعلى أن الفقير الذى يطالب بالدعوى ليس متعيناً للصرف عليه ، بل هو كالفقير الذى يدخل فى عموم الوقف على الفقراء ، فلا يتعين واحد منهم للصرف ، فلا يصح أن يكون واحد منهم متعيناً ولذا ليس لأى فقير أن يرفع الدعوى بحق له .

هذا لب المنشور ومرماه ، ونصه يتجه إلى منع سماع الدعوى ، ويتعلق بعبارات من الكتب ليسوغ المنع حتى إن ابن عابدين إذ يصرح بأن الإمام ملزم بالإعطاء وليس له المنع يحمل عليه كاتب المنشور ، ويحاول أن يشكك فى تخريجه ، وتقييده عبارة القنية .

وإنا ننقل لك بعض عبارات الكتب الواردة فى هذا الموضوع ، لتعرف مقدار ما فى هذا المنشور من صواب ، وقبل ذلك نبين أقسام بيت المال .

= القنية من أنه ليس للإمام الخيار فى المنع والإعطاء من بيت المال مطلقاً . وإنما له ذلك بالنسبة للمال الذى أخذه صاحب الحظ بدون علمه . فهو تأويل منه لصريح القنية . وحمل له على خلاف ظاهره . ولم يستند فيه إلى نص من كتب المذهب فضلا عن مخالفته لروح الأحكام الشرعية المنصوص عليها فى أبواب بيت المال ، فلا يعول عليه . وقد نقل عبارة القنية شارح الوهابية وصاحب البحر والفتاوى الهندية وغيرهم من الفقهاء ولم يعلقوا عليه بمثل ما علق به ابن عابدين .

(ثانياً) نص الزيلعى وصاحب البحر والبدائع وغيرهم على ما يؤخذ منه أن صرف أموال بيت المال فى مصارفها مفوض لرأى الإمام ، وموكول إلى اجتهاده . وظاهر من هذا أن الإمام لا يطالب قضاء بالصرف لشخص معين .

(ثالثاً) أن الفقير الذى هو أحد مصارف البيت الرابع من بيوت المال ليس متعيناً للصرف عليه منه لتعدد مصارف البيت ؛ فليس له ولاية المطالبة قضاء كالفقير فى الزكاة والفقير فى الوقف على الفقراء : لأن دعواها غير ملزمة فلا تسمع منه (٣٠ سبتمبر سنة ١٩٢٠)

يقسم الفقهاء بيوت المال إلى أربعة أقسام :

(القسم الأول) بيت المال الخاص بحصيلة زكاة المال وعشر الزرع .

(والقسم الثانى) بيت المال الخاص بحصيلة الجزية والخراج .

(والقسم الثالث) بيت المال الخاص بالغنائم والركاز .

(والقسم الرابع) بيت المال الخاص بالضوائع ، والأموال التى لا وارث لها .

ولكل بيت من هذه البيوت مصارف خاصة به ، والفقير له حظ فيها جميعاً . ولكن الفقهاء الذين ذكروا الفقير العاجز الذى ليس له من أهله من يقوم بنفقته قضاء فى ضمن مصارف بيت المال الرابع ولم يذكروا معه غيره ، فقد جاء فى البحر : « يعطون (أى الفقراء العاجزون) منه نفقتهم . ويكفن به موتاهم . وتعقل به جنايتهم » وجاء مثل ذلك فى الزيلعى ، وجاء فى البدائع ما نصه : « وأما الرابع فيصرف فى دواء الفقراء المرضى وعلاجهم ، وأكفان الموتى الذين لا مال لهم ، ونفقة اللقيط وعقل جنايته ، ونفقة من هو عاجز عن الكسب ، وليس له قريب تجب عليه نفقته ونحو ذلك . وعلى الإمام صرف هذه الحقوق إلى مستحقيها » .

ويلاحظ هنا أن عبارة البدائع تفيد الإلزام ، لا الاختيار ، وأن الكتب الثلاثة قرنتها بعقل الجناية أى دفع الدية عمن يقتل خطأ ، ولا عصبة تعقل عنه وهذه لا تكون إلا بحكم القضاء ، فهى مشابهة لطالب النفقة فى الإلزام ، من حيث إنها يتناولها الإلزام القضائى .

ولقد جاء فى الدر المختار ما نصه : « ومن له حظ فى بيت المال إذا ظفر بمال موجه له أخذه ، وموضع النظر ما نقل فى شرح الوهابية عن الإمام الويرى ونصه « من له حظ فى المال وظفر بمال موجه لبيت المال ، فله أن يأخذه ديانة ، وللإمام الخيار فى المنع والإعطاء فى الحكم ، أى فى القضاء ، انتهى كلامه » .

فقد علق على ذلك ابن عابدين بقوله : « أى الخيار فى إعطاء ذلك

الواجب له إذا علم به ، ليعطيه حقه من غيره ، إذ ليس له الخيار فى منع حقه من بيت المال مطلقاً كما لا يخفى » .

ونرى من هذا أن الإمام الوبرى الذى تعلق به كاتب المنشور أجاز أن يأخذ صاحب الحق حقه ديانة ، ومنع أن يقر القضاء فعله ، لكيلا تكون فوضى . فجاء ابن عابدين وخشى أن يفهم من ذلك أن الإمام ليس بملزم ، ففسر الحق القضائى فى عدم تعين ما أعطى بل يعطيه غيره ، وبين أنه لا يخفى على متتبع أقوال الفقهاء ، وذلك حق لأن عبارة البحر تجعل حق الفقير العاجز فى البيت الرابع كدية القتل الخطأ عندما تلزم فى بيت المال ، وهذه يلزم بها القضاء ، ولأن عبارة البدائع صريحة فى إلزام الإمام ، إذ يقول « وعلى الإمام صرف هذه الحقوق إلى مستحقيها ، وعلى ذلك كان أمر الإلزام غير خاف ، فالحكم فيه حكم فى أمر ملزم لا فى أمر يكون فيه الخيار ، وإذا كان غير ابن عابدين لم يعلق ذلك التعليق ، فلأنه لم ير فى معنى الإلزام غموضاً يوجب النص عليه ، وإلزام الإمام بالحكم لا ينافى تفويض الأمور إليه ، لأن له أن يدير الدولة باجتهاده ، ويوزع الحقوق بين أربابها ، ولكن إن قصر أو منع حقاً أفلا يوجد من ينبهه إليه ، فان ترك رزق المقاتلة والقضاء ، والعاملين عليها أفلا يكون للقضاء سلطة الإلزام بهذه الأجور ؟

وقياس حق الفقير العاجز فى بيت المال على حق الفقير فى الوقف الموقوف على الفقراء باطل لأن الفقهاء لم يجيزوا للفقير أن يأخذ مال الأوقاف ، لأنه حقه وأجازوا ذلك للفقراء فى بيت المال ، ولأن مال وقف معين يضيق عن كل الفقراء ، أما بيت المال فلا يفرض ضيقه عن كل الفقراء ، بل يجب على ولى الأمر سد حاجتهم .

لهذا أرى أن منشور وزارة العدل ضعيف فى اعتماده على الفقه ، وإن الفقه على نقيضه ، ولا يصح للقضاة أن يتقيدوا به ، لأن الفقير العاجز له حق مقرر ثابت ملزم للإمام ، وأى فقير له ذلك ، لأن الفرض أن بيت الإمام يتسع لكل الفقراء لا كبعض الأوقاف فالقضاء فيه قضاء لصاحب حق على من عليه الحق .

وإن الأحداث العالمية ، والفتن الاجتماعية ، توجب استخراج ينابيع الفقه الإسلامى ، وإعطاء الفقير حقه المقرر فيها .

٥ - الحجر والولاية

٣٥٦ - هذا هو القسم الخامس من حقوق الأولاد ، يتعلق بإدارة أموالهم والقيام عليهم بالحفظ والصيانة ، وإن ذلك يتبين ببيان الحجر وأحكامه أولا ، والأولياء الماليين وقوة ولايتهم ثانيا ، والأولياء على النفس . ثالثا . ونبتدىء من ذلك بالكلام فى الحجر والمحجور عليهم . ومدى الحجر : ثم نتكلم بعد ذلك فى الولاية المالية والولاية على النفس .

الحجر

٣٥٧ - الحجر معناه شرعاً منع التصرف القولى ، أى أن العقود لا تنشأ نافذة تترتب عليها أحكامها التى رتبها الشارع ، وكذلك سائر التصرفات فلا يمضى الشارع تصرفاً للمحجور عليه . ما دام ذلك التصرف داخلا فى نطاق الحجر ، وسبب الحجر ضعف فى تقدير المحجور عليه . إما لسفه أو صبا ، أو عته أو جنون (١) وإما لحق غير بسبب استغراق الديون لأمواله .

وموضع الحجر هو التصرفات القولية ، أما ضمان الأفعال فيكون فى مال المحجور عليه ، ولا يسأل عنه غيره .

وعلى هذا كان المحجور عليهم هم :

(١) الصغير . و (٢) المجنون والمعتوه .

---

(١) ذكر الزيلعى فى التبيين أن أساس الحجر هو ضعف العقل ؛ فقال : « إن الله سبحانه وتعالى خلق البشر أشرف خلق ، وجعلهم بكمال حكمته متفاوتين فيما يمتازون به عن الأنعام ، وهو العقل ، وبه يسعد من سعد ، وذلك أن الله تبارك وتعالى ركب فى البشر العقل والهوى وركب فى الملائكة العقل دون الهوى ، وركب فى البهائم الهوى دون العقل ، فمن غلب من البشر عقله على هواه أفضل من الملك ، لما يقاسى من مخالفة الهوى ومكابرة النفس ، ومن غلب هواه على عقله كان أردأ من البهائم ، قال تبارك وتعالى : «إن هم إلا كالأنعام بل هم أضل » فجعل بعضهم ذوى النهى ، وجعل منهم أعلام الدين وأئمة الهدى : ومصابيح الدجى ، وابتلى بعضهم بما شاء من أسباب الردى : كالجنون الموجب لعدم العقل والصغر والعته الموجبين لنقصانه فجعل تصرفهما غير نافذ بالحجر عليهما ولولا ذلك لكانت معاملتهما ضرراً بأن يستجر من يعاملهما مالهما باحتياله الكامل ؛ وجعل لهما من ينظر فى مالهما نظراً خاصاً وعاماً وأوجب عليه النظر لهما وجعل الصبا والجنون سبباً للحجر عليهما ، وكان كل ذلك منه رحمة ولطفاً » .

(٣) السفيه وذو الغفلة . و (٤) المدين .

هؤلاء هم الذين يحجر عليهم ، وقد جاء ذكرهم فى كتب الفقه ، وبعضهم لا خلاف بين الفقهاء فى الحجر عليه ، وبعضهم فيه الخلاف .

ويذكر بعض كتب الفقه حجراً على ثلاثة غير هؤلاء ، وهم الطبيب الجاهل ، والمفتى الماجن ، والمكارى المفلس . والحجر على هؤلاء لدفع الضرر العام ، وقد عرفهم الزيلعى فقال ، المتطبب الجاهل بأن يسقيهم دواء مهلكا ، أو إذا قوى عليهم الداء لا يقدر على إزالة ضرره ، والمفتى الماجن وهو الذى يعلم العوام الحيل الباطلة كتعليم الارتداد لتبين المرأة من زوجها ؛ أو الحيل لتسقط الزكاة ، ولا يبالى بما يفعل من تحليل الحرام ، أو تحريم الحلال ... والمكارى المفلس هو الذى يتقبل الكراء ويؤجر الجمال ، وليس له جمال ولا ظهر يحمل عليها ، ولا له مال يشترى به الدواب ، والناس يعتمدون عليه ، ويدفعون الكراء إليه ، ويصرف هو ما أخذ منهم فى حاجته ، فإذا جاء وقت الخروج يختفى ، فتذهب أموال الناس ، وتفوت حاجتهم (١) .

وليس المراد هنا الحجر بمعنى منع التصرف القولى ، بل المراد المنع الحسى بأن يحول ولى الأمر بينهم وبين الناس ، فيضلوهم أو يتلفوا أموالهم أو أبدانهم ، ولذا جاء فى البدائع : « ما روى عن أبى حنيفة رحمة الله عليه أنه ما كان يجرى الحجر إلا على ثلاثة ، المفتى الماجن ، والطبيب الجاهل ، والمكارى المفلس ، ليس المراد منه حقيقة الحجر ، وهو المعنى الشرعى الذى يمنع نفوذ التصرف ، ألا ترى أن المفتى لو أفتى بعد الحجر ، وأصاب فى الفتوى جاز ، ولو أفتى قبل الحجر وأخطأ لا يجوز ، وكذا الطبيب لو باع الأدوية بعد الحجر نفذ بيعه ، فدل هذا على أنه ما أراد به الحجر حقيقة ، وإنما أراد المنع الحسى ، أى يمنع هؤلاء من عملهم حساً ، لأن المنع عن ذلك من باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، لأن المفتى الماجن يفسد أديان المسلمين ، والطبيب الجاهل يفسد أبدانهم ، والمكارى المفلس يفسد أموالهم(٢)

---

(١) التبيين جـ ٥ ص ١٩٣ (٢) البدائع جـ ٧ ص ١٦٩ .

هؤلاء هم المذكورون فى الفقه . وقد جاء قانون تنظيم الولاية على المال ، فذكر أمراً قانونياً ، بالنسبة لبعض الضعفاء ذوى العاهات ، فشرع لهم ما سماه المساعدة القضائية . وهى حجر ، وإن لم يكن كاملا ، وذلك لأنه جعل تصرفات هؤلاء تكون بالاشتراك مع من أقامته المحكمة مساعداً لهم ، وذوو العاهات الذين تقرر لهم هذه المساعدة هم من اجتمع فى الواحد منهم عاهتان من الصمم والعمى والخرس ، فمن كان أصم أخرس ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه التعبير على إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً ، ومثل هؤلاء من يكون فى عجز جسمى شديد (١) .

٣٥٨ — الصغر : الصغر سبب من أسباب الحجر . فلا تنفذ تصرفات الصغير القولية ، لأن الصغر عجز . ولا يتكامل فى الصغير العقل ، والتصرفات القولية أساس الالتزام فيها العقل والرضا ، فإذا لم يكن العقل أو كان غير كامل ، فلا يوجد موجب الالتزام فى هذه التصرفات .

والصغر من حيث قوة الحجر فى الشريعة درجتان ، صغر لا يكون معه تمييز قط وهذا يكون فيه الصغير فاقد الأهلية . لأنه فاقد التمييز ، فلا ينعقد منه تصرف قط ، وعبارته تكون ملغاة لا اعتبار لها ، وصغر مع تمييز ، وهذا تكون عبارته معتبرة ، وتكون تصرفاته القابلة للنفع والضرر منعقدة موقوفة على إجازة من له الولاية المالية عليه . ولذلك يكون ناقص الأهلية لا فاقدها ، والصبى المميز هو الذى بلغ سناً أصبح يميز فيها بين معانى العقود فى الجملة ، ويعرف المراد منها عرفاً . ولا يتصور التمييز فى سن دون السابعة ، فالسابعة هى الحد الأدنى للتمييز ، وقد يتجاوزها الشخص ، ولا يميز ما دام لا يعرف معانى العقود ومقتضياتها فى الناس ، ولا يعرف الغبن والكسب .

وإن التصرفات بالنسبة للصبى المميز تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول — تصرفات نافعة نفعاً محضاً ، وهذه تجوز من الصبى المميز

---

(١) المواد ٧٠ و ٧١ و ٧٢ من قانون تنظيم الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢

من غير حاجة إلى إذن الولى كقبول الهبات من غير عوض ، والوصايا ، والاستحقاق فى الأوقاف من غير مقابلة أى التزام .

والقسم الثانى — تصرفات ضارة ضرراً محضاً وهذه تصدر عن الصغير باطلة غير قابلة للإجازة . كالتبرعات بكل أنواعها . والطلاق والعتاق وغيرها . وذلك لأن عبارة الصغير المميز . وإن كانت صالحة لإنشاء العقود — التبرع لا يملكه الولى . فلا يملك إجازته فينشأ باطلا . وكذلك كل تصرف يكون ضاراً ضرراً محضاً يصدر باطلا ، إذ لا نجيز له . وكان الولى المالى لا يملك التبرع . لأن ولايته للمصلحة . ولا مصلحة فى التصرفات الضارة ضرراً محضاً .

والقسم الثالث -- التصرفات الدائرة بين النفع والضرر . وهذه تكون من الصغير المميز موقوفة على إجازة الولى المالى . فإن أجاز نفذ . وإن لم يجز بطلت ، وإنما تكون الإجازة معتبرة إذا لم يكن فى التصرف غبن فاحش ، لأن الولى لا يملك التصرف بغبن فاحش . فأولى ألا يملك إجازته ، ولأن الغبن الفاحش تبرع ، فهو ضار ضرراً محضاً ، فينعقد معه باطلا .

ومن التصرفات المحتملة للضرر والنفع — البيع والشراء ، والإجازة وغيرها من التصرفات التى تعد من قبيل المبادلات المالية .

ولجواز التصرفات المالية من الصبى المميز بإجازة الولى ، أجيز للولى المالى أن يأذن للصبى المميز فى التجارة . فإذا أذن له فى التجارة جازت منه كل التصرفات التى من شأنها أن تحتمل النفع والضرر فيجوز له البيع والشراء والرهن والارتهان والإجازة والإعارة . لأن من شئون التجار أن يعير بعضهم لبعض ، ولا يستغنوا عن ذلك عادة . وهكذا يسوغ كل تصرف يكون مما يجرى بين التجار بالأخذ والعطاء (١) .

(١) وقد اختلف أئمة المذهب الحنفى فى الصبى المميز المأذون له بالتجارة إذا باع بغبن فاحش ، فقد قال الصاحبان إن التصرف يكون باطلا . وقال أبو حنيفة إن التصرف يكون صحيحاً ، وأساس الخلاف أن أبا حنيفة يعتبر التمييز مناط ثبوت الولاية . ولكن لعجز الصغير وعدم كمال عقله ضم إليه رأى الولى ، فإذا أذن له الولى بتجارة فإنه لا يتولى هذه التصرفات بالنيابة عن الولى ، بل بولايته هو ، إذ لأن رفع الحجر فى مدته ، ويصير كأنه كامل الأهلية =

هذه إشارة إلى أحكام الصغار فى الفقه الحنفى ، أما ما فى قانون الولاية الذى تطبقه محاكم الأحوال الشخصية . فسنشير إليه عند الكلام فى البلوغ والولاية .

٣٥٩ - البلوغ : قبل أن نخوض فى بيان البلوغ نذكر أمراً جديراً بالالتفات ، وهو أن سن البلوغ بالنسبة للولاية على النفس وما يتصل بها ، غير سن الرشد المالى . فإن سن الرشد المالى يتبع نظام محاكم الأحوال الشخصية والقانون المطبق . وله فى الأحكام الفقهية أصل . وأما الولاية على النفس وما يتصل به فيتبع فيها ما حد للبلوغ فى مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه . فبلوغ العاقد الذى هو شرط فى نفاذ عقد الزواج يكون ببلوغ الحد الذى ذكرته الشريعة ، وهو دون الحادية والعشرين بيقين .

والبلوغ فى الفقه الحنفى كغيره من المذاهب يكون ببلوغ الحلم ، أى ببلوغ الصبى سن التناسل ، وظهور أعراض الرجولة بالنسبة للغلام ، وأعراض الأنوثة بالنسبة للفتاة . لقوله تعالى : (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم) فجعل بلوغ النكاح هو الحد الفاصل بين الصغر والكبر ، ويسمى ذلك البلوغ الطبيعى ، وأدنى سن هذا النوع من البلوغ هو اثنتا عشرة سنة بالنسبة للغلام ، وتسع سنوات بالنسبة للفتاة ، لأن أقل سن يجىء فيها الحيض للفتاة تسع ، وأقل سن يحتلم فيها الغلام اثنتا عشرة . وتسمى هذه سن المراهقة . فإن ادعى الصبى البلوغ الطبيعى بعد بلوغ هذه السن قبل قوله ، لأن الظاهر فى هذه الحالة لا يكذبه ، والأمر لا يعرف إلا من جهته .

وإذا لم تظهر الأمارات الدالة على ذلك ومضت مدة ، فإن البلوغ يكون بخمس عشرة سنة بالنسبة للفتى والفتاة معاً ، وهذا عند الصاحبين ، وعند أبى حنيفة البلوغ بالنسبة للصغير ثمانى عشرة سنة ، وللأنثى سبع عشرة سنة .

= فيسوغ منه فى شئون التجارة ما يسوغ من كامل الأهلية ، أما الصاحبان فيريان أن الصبى المميز ككل قاصرى الأهلية له عبارة تنعقد بها العقود ولكن لعدم كمال عقله كانت الولاية فى العقود ، وسائر التصرفات المالية للولى ، وهو يتولاها بالنيابة عنه عند الإذن بالتجارة ، والولى لا يملك أن يتصرف بغبن فاحش ، فكذلك المأذون له فى التجارة الذى يتولى بالوكالة عنه .

وحجة الصاحبين ما روى عن ابن عمر رضى الله عنه قال « عرضت على رسول الله ﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فأجازنى » فالنبى ﷺ قبل ابن عمر فى المقاتلين . وهو ابن خمس عشرة ، فدل ذلك على أنه قد بلغ سن الرجال ، فإن القتال لا يكون للصبيان ، ولأن البلوغ الطبيعى لا يتأخر عن هذه السن عادة إلا لآفة . والطبعى هو الأصل فى التقدير ، فكان الحد الأعلى هو هذا عند التقدير بالسن .

وحجة أبى حنيفة ما روى عن ابن عباس أنه قال فى تفسير قوله تعالى :

(ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن حتى يبلغ أشده) : أشد الصبى ثمانى عشرة سنه . فكان هذا حداً بالسن فى مقابل الحد بالطبيعة . وهو القدرة على التناسل ، ولكن الفتاة يسارع إليها البلوغ بدليل أن الحد الأدنى لها فى البلوغ الطبيعى أقل من الحد الأدنى للغلام فكان من الضرورى أن يكون الحد الأعلى لها أقل . فقدر الفرق بسنة واحدة .

هذا والمفتى به من قديم الزمان هو مذهب الصاحبين ، وهو المعمول به فى المحاكم الآن ، وأن هذا هو التقدير فى كل ما تطبقه محاكم الأحوال الشخصية . فالولاية على النفس تنتهى فى هذه السن ، فيعيش بعدها الغلام كما يشاء ، إلا إذا كان يخشى عليه الفساد ، ويثبت ذلك لدى القضاء كما سنبين فى الولاية على النفس . وسن الزواج هى هذه السن . فيجوز للفتى أو الفتاة أن يتولى عقد الزواج بنفسه . ولا يتولى غيره عنه إلا بتوكيل منه ، ولا سلطان للمحاكم على ذلك ، إلا أن الفتى أو الفتاة إذا كان له تشرف على إرادته المحكمة استؤذنت ، لكى يمكن الإتفاق على ما يقتضيه العقد من إعداد جهاز ، أو دفع مهر ، فالحاجة إلى هذا الاستئذان إنما كانت لأجل المال لا لأجل العقد ، وليس لأبعد أن ينازع أمام المحكمة المختصة ويزعم عدم صحة العقد ، لعدم توافر سن الرشد المالى ، ويلاحظ أن السنة فى كل ما تقدم بالنسبة للتقدير الشرعى هى السنة الهلالية لأنها أساس التقدير فى الفقه .

٣٦٠ — هذا هو البلوغ بالنسبة للنكاح ، وما يتصل به مما تطبقه محاكم الأحوال الشخصية ، أما بالنسبة لدفع المال إلى الصبى الذى بلغ فإن شرط الدفع إليه هو الرشد ، وإن صريح الآية الكريمة إذ يقول الله سبحانه وتعالى :

(وابتلوا اليتامى ، حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشداً ، فادفعوا إليهم أموالهم) فدفع المال إذن لابد له من شرطين ، أحدهما البلوغ الطبيعى ، أو ما يقوم مقامه ، وثانيهما الرشد ، وقد فسر ابن عباس الرشد بأنه صلاح العقل وحفظ المال ، وإن ذلك يختلف باختلاف الأشخاص ، وباختلاف البيئات ، فكلما تعقدت المعاملات ونظم الاقتصاد تأخر الرشد والقدرة على المحافظة على المال من الضياع .

ولقد جاء فى شرح القانون المدنى للمرحوم فتحى زغلول « باشا » نبذة قيمة فى هذا المقام ، ذلك نصها : « المولود يولد فاقد الأهلية ، ويبقى كذلك إلى أن يبلغ سن التميز ثم يدخل فى دور جديد هو دور التميز ، إلا أن عقله وملكاته لا يزالان غضين فلا يقوى على تقدير الأفعال التى تصدر عنه أو يتعمد فعلها تقديراً صحيحاً ، ثم هو لا يصل إلى هذه المرتبة إلا بعد أن تنضج قوته العاقلة ، ويكون له بعض الخبرة ، حتى يؤمن على إدارة أمواله بنفسه ، ومعلوم أن بلوغ هذه المرتبة لا يتم للجميع بصورة واحدة ، ولا فى زمن واحد ، بل هم يختلفون فى ذلك اختلافاً كبيراً ، إلا أن منافع الناس ، وضرورة الأمن فى المعاملات ، والحاجة إلى وضع حد تنتهى إلى حال الإنسان ويخرج ببلوغه من دور التردد إلى دور العمل ، كل ذلك قضى بتقدير الزمن الذى يخلص فيه كل واحد من ذلك الحجر وتتم له الأهلية ، والشرائع مختلفة فى تقدير هذا الزمن ، فمنها ما جعله اثنتى عشرة سنة للأنثى ، وأربع عشرة سنة للذكر ، كما فعل الرومانيون فى البداية ، منذ كانت الأمة فى نشأتها الأولى ، ساذجة الأخلاق قليلة العدد ، أيام كانت المراقبة شديدة فى تربية الأولاد ، والروابط العائلية قوية كافية لحمايتهم ، وتدارك ما قد يفرط منهم من الأعمال قبل استفحال الضرر ، فلم يكن من باعث يحمل الشارع على الإبطاء بمنح الأهلية الكاملة ، والولد محوط بهذه العنايات كلها ، فلما ازدحم المجتمع ، وكثر المال وتنوعت الرغبات والمطالب ، وتشعبت أعمال الإنسان ، وامتدت أطماعه إلى أبعد من داره وعشيرته ، ورهن رباط العائلة بضغط تلك المؤثرات ، ظهرت مضار التعجل بإقرار الأهلية واضطر الشارع إلى تأجيله زمانها ، فجعله خمساً

وعشرين سنة . ومن الشرائع ما وقفت عند الحادية والعشرين ، ومنها ما اقتصر على تسع عشرة سنة » (١) .

وقد كان فقهاء المسلمين ينظرون إلى الرشد الذى يوجب دفع مال القاصر إليه نظرة تقديرية . ويتركون أمر التقدير إلى القضاء ، ونتيجة الاختبار قبل البلوغ . ولكن جاء الشارع المصرى ، فجعل سن الرشد ثمانى عشرة سنة . وكان العمل على ذلك إلى سنة ١٩٢٥ فلما جاء القانون الصادر فى ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ رفع سن الرشد إلى إحدى وعشرين سنة وجاء النص صريحاً فى ذلك التقدير إنما هو بالنسبة للولاية المالية فقط . أما الولاية على النفس وما يتصل بها مما تطبقه محاكم الأحوال الشخصية . فانه على الراجح من مذهب أبى حنيفة .

وهذا نص المادة ٢٩ — من ذلك القانون : « تنتهى الوصاية أو الولاية المالية على المال متى بلغ القاصر من العمر إحدى وعشرين سنة ميلادية ، إلا إذا قرر المجلس استمرارها . ومع ذلك متى بلغ القاصر ثمانى عشرة سنة . ولم يمنع من التصرف جاز له تسلم أمواله ليديرها بنفسه ، ويكون للقاصر فى هذه الحالة قبض دخله مدة إدارته . والتصرف فيه » .

ويرى من هذا أن تلك المادة تصرح بأن التقدير بإحدى وعشرين سنة إنما بالنسبة للولاية المالية . ولما جاء القانون رقم ٩٩ — لسنة ١٩٤٧ كانت المواد التى حلت محل المادة ٢٩ هى الأولى والثانية والثالثة والرابعة ، وقد نصت المادة الأ[illegible] منه على سن الرشد وهى ٢١ سنة فقط جاء فيها : القاصر هو من لم يبلغ سن الرشد ، وهى إحدى وعشرون سنة كاملة . وهذا النص جاء فى المادة ٤٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ (٢) .

ولاشك أن هذه المادة فيها إبهام فى القانون رقم ١١٩ بالنسبة للفقرة التى هى نظيرتها من قانون سنة ١٩٢٥ لأن تلك بينت أن المراد الولاية المالية

---

(١) شرح القانون المدنى ص ٢٨ .

(٢) وقد حلت محل المادة الأولى من هذا القانون الفقرة الأولى من المادة ٤٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

أما هذه فلم تبين . ولكنها محمولة عليها ، لأن كل اختصاص القانون فى هذا الموضوع خاص بالتصرفات المالية وليس له شأن فى مسائل الزواج والطلاق وولاية التربية . والولاية على النفس ، بل ترك كل ذلك لما نحكم به بمقتضى المادة ٢٨٠ إلا ما جاء بالقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ ، ولذلك كان زواج السفيه صحيحاً ، وكان طلاقه واقعاً وليس لأحد أن يعدى الحجر عليه من المال إلى النفس ، فكذلك الصغير الذى بلغ فى الشريعة ، وعلى مقتضى أقوال فقهائها تكون له الولاية على نفسه ، وتكون الولاية على ماله لولى المال .

٣٦١ ـ الجنون والعته : الجنون مرض يمنع العقل من إدراك الأمور على وجهها . ويصحبه اضطراب وهياج غالباً ، والمجنون قسمان : مجنون مغلوب أى لا يفيق ، ويسمى جنونه جنوناً مطبقاً ، وهو الذى يستمر شهرا فأكثر . وهذا يحجر عليه بلا خلاف بين الفقهاء إلى أن يمن الله عليه بالشفاء وإن كان يجن ويفيق ، فإن كان لإفاقته أوقات معلومة ثابتة فهو فى مدة إفاقته كالعقلاء الراشدين ، وإن كانت أوقات إفاقته غير معلومة ففى حاشية التبيين ما يفيد أنه هو المعتوه . ولكن الذى فى التبيين والكنز أنه يكون غير محجور عليه فى وقت إفاقته . وفى مرضه يحجر عليه ، أى أنه لا فرق بين من جنون لإفاقته أوقات معلومة ، ومن لا يكون فى حال المرض .

والمجنون يحجر عليه متى ثبت جنونه ، ويستمر الحجر ما استمر الجنون ويكون فاقد الأهلية . فلا تنعقد بعبارته وقت جنونه العقود والتصرفات ، بل تكون عبارته ملغاة . فهو فى الحكم كالصبى غير المميز على سواء .

والعته مرض يمنع العقل من إدراك الأمور إدراكاً صحيحاً ، ويتميز على الجنون بأن يصحبه هدوء ، وكثير من الفقهاء يعتبرهما نوعاً واحداً والذى جاء فى الهداية وفتح القدير . وأصول فخر الإسلام ، أن الذى أصيب فى عقله إن كان مغلوباً بحيث لا يعقل قط كان هو المجنون ، وإن كان يعقل فى بعض الأمور فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء ، ويشبه بعضه كلام المغلوبين المختلطين كان معتوها فالمعتوه على هذا لا يكون إلا مميزاً بعض التمييز لأنه إن كان غير مميز بل كان مغلوباً لا يميز شيئاً ما كان معتوهاً ، بل يكون مجنوناً ، ولكن الفتاوى الهندية تفرض أن العته قسم مقابل للجنون ، فالعته على

التفريق (١) .

وإذا وقعت الفرقة لا تحل له حتى يكذب نفسه ، أو تصدقه هي ، فإن كان ذلك حلت له ، واعتبرت الفرقة طلاقاً بائناً ، قد احتسب من عدد الطلقات التي يملكها الرجل ، لأن سبب الفرقة من جانب الرجل ، ولا يتصور أن تكون من جانب المرأة ، وكل فرقة كانت كذلك هي من الطلاق لا من الفسخ .

وقال أبو يوسف ، وزفر ، والحسن بن زياد هي فرقة بغير طلاق ، وهي توجب التحريم على التأبيد ، ولو كذب نفسه ، أو صدقته ، لأن رسول الله ﷺ قال : « المتلاعنان لا يجتمعان أبداً » والتأبيد المنصوص عليه في الحديث يقتضي التحريم المؤبد ، ولأن اللعان قد وجد ، وهو سبب التفريق ، وتكذيبه نفسه أو تصديقها إياه من بعد لا ينفي وجود السبب فهو باق فيبقى حكمه ، ولأن الثقة بين الزوجين قد فقدت .

وإذا كان موضوع اللعان نفي نسب الولد ، انتفى نسبه ، ولا يعتبر ابنه بالنسبة للأحكام التي تلزمه فلا يرث منه ، ولا يجب نفقته عليه ، ولكن بالنسبة للأحكام التي شرعها الله للكافة يعامل كأنه ابنه للاحتياط فلا يعطيه زكاته ، (١) ولو قتله لا قصاص عليه للشبهة ، كما لو قتل الأب ولده . (٢)والمحرمية بينه وبين أولاده تثبت للاحتياط لأحكام الشرع (٣) ولا تجوز شهادة كل منهما للآخر (٤) ولا يعد مجهول النسب ، فلا يصح أن يدعيه غيره .

وإذا كذب نفسه يثبت الولد ، ويزول كل أثر اللعان بالنسبة للولد بالاتفاق (٢) .

---

(١) وهذا عند أبي حنيفة والصاحبين وعند زفر الفرقة تكون بمجرد تمام اللعان من غير حاجة إلى حكم القاضي لأن سبب الفرقة هو اللعان وقد وجد . وقال الشافعي إن الفرقة تكون بمجرد حلفه هو لأن مجرد الرمي من غير بينة . وتوثيقه بالحلف هو سبب الفرقة ، ذ الثقة من جانبه قد فقدت ، فحق الفراق .

(٢) وإنما قال أبو يوسف إن النسب يثبت في هذه الحال ، مع أنه قرر أن التحريم لا يزول ، لأن الحديث إنما ورد في التفريق ، والمحافظة على حق الولد ، ولأن اللعان لا يقتضي في النسب دائماً ، فلا مانع من تحققه مع ثبوت

ويحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعته أو للغفلة ، أو للسفه . ولا يرجع الحجر إلا بحكم » .

٣٦٣ – السفيه : هو الذى لا يحسن القيام على شئون ماله وتدبيره ، وينفق فى غير موضع الإنفاق ، والحجر على السفيه هو رأى جمهور الفقهاء . وقد خالفهم أبو حنيفة وزفر ، وللسفه حالان .

(إحداهما) السفه الذى يصاحب البلوغ ويقترن به ، ويستمر بعده .

(والثانية) السفه الذى يطرأ بعد ذلك .

أما الحال الأولى : فقد وافق أبو حنيفة سائر الفقهاء فى أن ماله لا يدفع إليه (١) ، وأما جواز تصرفاته فيه ففيه عنه روايتان :

(إحداهما) أنه لا يمنع من العقود والتصرفات ، لأن منع دفع المال إنما هو لعجزه عن صيانته لا للحجر عليه ، ولكن لا تنفذ إلا بعد أن يتسلم ماله .

(والرواية الثانية) أن عقوده وتصرفاته لا تنفذ فيه حتى يرشد .

وتستمر هذه الحال عند أبى حنيفة حتى يبلغ الخامسة والعشرين ، فإذا بلغها سلم إليه ماله ، ولو كان سفيها ما دام عاقلا ، وذلك لأن المنع كان الغرض منه التهذيب والتربية ، وإذا بلغ الخامسة والعشرين ، وهو على هذه الحال ، فقد تجاوز سن التربية ، فليترك حبله على غاربه ، وليسلم إليه ماله ، ودروس الحياة تتولاه ولقد قال رضى الله عنه : « إذا بلغ الخامسة والعشرين احتمل أن يكون جداً ، فأنا أستحى أن أحجر

---

(١) إذا بلغ الصبى سفيهاً فقد اختلف الفقهاء فى مدى منعه من ماله والتصرفات فقد قال أبو يوسف إن الحجر بسبب الصغر يزول بالبلوغ ، ولكن يكون حجر بسبب السفه ، وهذا يكون بحكم القاضى ، ولا تكون الولاية للأب أو الجد ، بل تكون لمن يقيمه القاضى هما أو غيرهما .

وقال أبو حنيفة لا يحجر عليه بحكم القاضى ولكن يمنع من ماله فقط إلى أن يبلغ الخامسة والعشرين ، وهذه إحدى الروايتين عنه . وقال محمد والشافعى لا يزول الحجر بالبلوغ سفيهاً ، بل يستمر ويكون الولى هنا من كان عليه فى صغره .

أما السفه الطارىء أو السفه المستمر بعد الخامسة والعشرين فهذا موضع الخلاف بين أبى حنيفة وجمهور الفقهاء . فجمهور الفقهاء أجازوا الحجر عليه ومنع أبو حنيفة ذلك الحجر .

وحجة أبى حنيفة (أ) أنه مخاطب بكل ما فى القرآن والسنة ، ومكلف القيام بما جاء فيهما من الوفاء بالعقود ، إذ يقول الله تعالى : (يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) وإن عدم نفاذ عقوده منع له من القيام بواجب الوفاء الذى أمر الله به ، ولم يسقط عنه التكليف فيه . فالحجر عليه مصادرة لأمر الله سبحانه .

(ب) وإنه روى أنس أن رجلا على عهد رسول الله ﷺ كان يبتاع وفى عقدته ضعف ، فأتى به أهله النبى ﷺ فقالوا يا نبى الله احجر على فلان فإنه يبتاع ، وفى عقدته ضعف ، فدعاه النبى صلى الله عليه وسلم فنهاه عن البيع فقال يا رسول الله إنى لا أصبر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا بعت فقل ، لا خلابة ، ولى الخيار ثلاثا » .

ولو كان الحجر على الكبار العقلاء سائغاً لحجر عليه النبى ﷺ ، وقد بدا سفهه وضعف رأيه ، فكان هذا دليلا على أنه لا يسوغ الحجر على العقلاء ، ولو كانوا سفهاء لا يحسنون تدبير المال .

(ج) وإن الشخص ببلوغه عاقلا بلغ حد الإنسانية فأى منع له من التصرفات أذى لإنسانيته ، وإهدار لكرامته ، وإنها فوق المال ، فليس من مصلحته الحجر عليه ، وليس من مصلحة الجماعة ، لأن من الخير لها أن تنتقل الأموال إلى أيد تديرها بدل أن تبقى فى يد لا تحسن القيام عليها .

(د) وأن السفيه بالاتفاق غير محجور عليه فى شئون الزواج ، فله أن يتزوج ويطلق ، فأولى أن يسوغ له البيع والشراء وكل المبادلات المالية لأن الزواج أخطر شأناً ، وأبعد فى حياته أثراً وأوجب للاحتياط .

هذه حجة أبى حنيفة ، وحجة الصاحبين وجمهور الفقهاء :

(أ) قوله تعالى : (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم ، وقولوا لهم قولا معروفاً) فدلت هذه الآية على أن السفيه لا يسلم إليه ماله ، وأنه فقط يرزق ويكسى منه .

(ب) ولقد روى أن على بن أبى طالب طلب أن يحجر على عبد الله بن جعفر بن أبى طالب لسفهه ، وما كان لمثل على بن أبى طالب فى علمه وملازمته للنبى ﷺ أن يطلب طلباً غير جائز شرعاً .

(جـ) وإن مصلحة السفيه المالية فى منعه ، فإنه إن ترك وشأنه ضاع ماله وكان كلا على الناس ، وكذلك من مصلحة ورثته ذلك ، لأنه بإسرافه قد يتركهم عالة يتكففون الناس .

٣٦٣ - ومع أن الصاحبين قد اتفقا على أن السفيه يحجر عليه ، قد اختلفوا فى وقت ابتداء الحجر ، فقال أبو يوسف إن الحجر يبتدىء من وقت حكم القاضى بالحجر ، وقبل ذلك لا حجر عليه ، بل تصرفاته كلها نافذة ، لأن الحجر على السفيه موضع خلاف ، إذ خالف فيه أبو حنيفة وزفر ، فلابد من ترجيح بحكم القضاء ولأن فساد التدبير أمر يحتاج إلى تقدير فقد تختلف فى الأمر الأنظار ، فيراه بعضهم نفعاً ، ويراه غيرهم ضراً ، ولا يفصل فى ذلك إلا حكم القضاء ، ولأن السفيه أمره متردد بين ضررين ، ضرر الحجر ، إذ فيه إهدار لكرامته ، وذلك ضرر ، وضياع ماله ضرر آخر ، فلابد من الموازنة بنظر القاضى ، ليعرف مدى الضرر فى الحالتين ، وينفذ ما فيه أقلهما .

وقال محمد إن الحجر يبتدىء من وقت وجود السفه ، لأن القضاء ليس هو سبب الحجر ، ولا شرطاً فى السبب إنما سبب الحجر هو التبذير ، وإتلاف المال ، ومتى وجد السبب وجد المسبب لا محالة ، لأن الحجر بسبب السفه كالحجر بسبب العته ، كلاهما علة للحجر ، والحجر فيهما لمعنى فى ذات المحجور عليه ، والحجر فى العته يبتدىء من وقت وجوده ، فالحجر للسفه كذلك يبتدىء من وقت وجوده ، وإن رأى أبى يوسف هو الذى نميل إليه (١) وهو

---

(١) يوافق مالك والشافعى أبا يوسف ، وقد جاء فى أحكام القرآن للقرطبى ما نصه « اختلف العلماء فى أفعال السفيه قبل الحجر ، فقال مالك وجميع أصحابه غير ابن القاسم أن فعل السفيه وأمره كله جائز حتى يضرب الإمام على يده ، وقال أصبغ إن كان ظاهر السفه فأفعاله مردودة ، وإن كان غير ظاهر السفه فلا ترد أفعاله ، حتى يحجر عليه الإمام ، واحتج سحنون لقول مالك بقوله : « لو كانت أفعال السفيه مردودة قبل الحجر ما احتاج السلطان إلى أن يحجر على أحد » .

الذى يتفق مع نظام التعامل ، إذ أننا لو أبطلنا تصرفات السفيه قبل الحكم لأضر ذلك بحقوق الذين عاملوه على أساس رشده ، وما كان لم علم بسفهه ، وإن العقود ، وكل تعامل يجب أن يكون لها قوة من القرار والثبات ، بحيث لا يضار أحد باضطرابها وفسادها بعد صحتها .

وإن ذلك الرأى هو الراجح فى المذهب الحنفى ، فقد جاء فى كتاب ابن عابدين بعد بيان الخلاف ما نصه : « وظاهر كلامهم ترجيح قول أبى يوسف على قول محمد » (١) .

٣٦٤ — ذو الغفلة : هو الذى لا يهتدى إلى التصرفات الرابحة فيغبن فى المعاوضات ، لسهولة خدعه . وقد يعبر عنه بالضعيف ، وهو يتشابه مع السفيه فى تصرفاته من حيث فساد الرأى وسوء التدبير ، وإن كان السفيه فيه ذكاء أحياناً ، وهو يقصد إلى الإتلاف غير عابىء ولا مهتم ، وذو الغفلة لا يقصد إلى الإتلاف بل فيه غباء كان هو السبب فى سوء تدبيره ، وفساد تقديره .

ولذلك تشابها فى الأحكام ، فأبو حنيفة مع الحجر عليهما ، والصاحبان والشافعى وأحمد حجروا على ذى الغفلة كما حجروا على السفيه ، وفى مذهب مالك بالنسبة لذى الغفلة قولان ، أصحهما أنه يحجر عليه .

واختلف الصاحبان فى وقت الحجر كالسفيه ، فقال محمد من وقت ثبوت غفلته ، وقال أبو يوسف من وقت الحكم ، والراجح قول أبى يوسف .

٣٦٥ — وموضع الحجر فى السفيه وذى الغفلة هو التصرفات المالية الخالصة ، أما فيما عداها فهم كالرشداء إلا ما يمس جانب المال ، فإنه يكون مقيداً ، ولنبين ذلك بعض التبيين ، فنقول :

يقسم فقهاء الحنفية التصرفات إلى قسمين :

(١) تصرفات قابلة للنقض ، وهى التى يفسدها الهزل ، وهذه هى التصرفات المالية ، وهى موضع الحجر على السفيه وذى الغفلة .

---

(١) ابن عابدين الجزء الخامس ص ١٤٢

(٢) وتصرفات لا تقبل النقض ، وهى التى لا يفسدها الهزل ، وهى النكاح والطلاق والعتاق . للأثر الوارد بأن هذه الثلاثة « جدهن جد وهزلهن جد » وقد فرضوا أن عبارة السفيه كعبارة الهازل لضعف إرادته ، لأن الهازل الذى يقصد بعبارته اللعب بهذه الأمور الخطيرة عبارته كعبارة العاقل الذى لا ينهج فى تصرفاته المالية منهاج العقلاء ، وهو السفيه ، وذو الغفلة .

ولذلك كان الزواج والطلاق والعتاق لا حجر فيها بالنسبة للسفيه وذى الغفلة ولما فى الزواج من جانب مالى يجىء التقييد فى الالتزام المالى ، لا فى أصل العقد ، ولذلك إذا عقد أحدهما بأكثر من مهر المثل انعقد الزواج ، ولكن لا يلزم إلا مهر المثل ، ولا يؤدى القيم عليه غيره ، وذلك لأن الزواج بأكثر من مهر المثل إسراف وتبذير ، فيدخل فى ضمن مواضع الحجر ، ولأن الزواج فى ذاته لا يؤثر فيه الهزل ، أما تسمية المهر فإن الهزل يفسدها ، لذلك كانت فى موضع الحجر ، فلا يلزم إلا مهر المثل .

أما التصرفات المالية فهى موضع الحجر ، وهو فيها كالصبى المميز من حيث إن التصرفات النافعة نفعاً محضاً ، كقبول الهبات والوصايا ، تنفذ منه من غير إجازة أحد ، والدائرة بين النفع والضرر تتوقف على إجازة القيم عليه وإن التصرفات الضارة ضرراً محضاً لا تنعقد منه ، ولو أذن له القيم ، لأن القيم لا يملكها ، فلا يملك الإذن بها .

ولكن استثنى من ذلك الوصية التى يجوز أن تحدث من ذوى الرشاد ، والوقف على النفس ومن بعده على من يشاء ، وذلك لأن الحجر عليه للمحافظة على ماله ، لكيلا يصبح كلا على الناس ، والوصية تصرف لا تنفذ آثاره إلا بعد الوفاة فلا يضره فى حياته ، والورثة قد حفظ حقهم بعدم تنفيذها فى أكثر من الثلث إلا بأجازتهم ، والوقف على النفس ما دام حياً فيه محافظة على ماله من الضياع ، وذلك مقتضى الفقه الحنفى .

وفى الجملة إن السفيه وذا الغفلة بالنسبة للتصرفات كالصبى المميز ، إلا فى أمور قد لخصها الإمام بقوله :

« المحجور عليه (أى السفيه وذو الغفلة) بمنزلة الصبى إلا فى أربعة :

(أحدها) أن تصرف الوصى فى مال الصبى جائز . وفى مال المحجور عليه باطل .

(والثانى) أن إعتاق المحجور عليه وطلاقه ونكاحه جائز . ومن الصبى باطل

(والثالث) المحجور عليه إذا أوصى بوصية جازت من ثلث ماله ومن الصبى لا تجوز .

(والرابع) جارية المحجور عليه إذا جاءت بولد فادعاه ثبت نسبه ، ومن الصبى لا يثبت .

هذه حدود الحجر على السفيه وذى الغفلة فى الشريعة ، ويلاحظ أنهما مكلفان التكليفات الشرعية كلها ، من صيام وصلاة وحج وزكاة . ولزوم كفارات وغير ذلك من التكليفات التى كلف الشارع الإسلامى العقلاء القيام بها ، كما أنهما مسئولان عن الجنايات التى تقع منهما مسئولية جنائية كاملة فتنزل بهما كل العقوبات التى تنزل بغيرهما من العقلاء .

٣٦٦ – هذا وإن المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ قد أتى بأحكام خاصة بالسفيه . وذى الغفلة تتقارب تمام التقارب من أحكام الصبى البالغ ثمانى عشرة سنة بالنسبة للتصرفات المالية . ويلاحظ أن السفيه ومثله ذو الغفلة بالنسبة للتصرفات غير المالية لا تخضع لأحكام هذا القانون ، فله أن يتزوج من غير استئذان المحكمة ، ويطلق كذلك ، أما فى التصرفات المالية . فإنها موضع الحجر .

وكان القانون الصادر قبل ذلك أجاز له أمرين بالنص .

(أحدهما) أنه يجوز له أن يقف أمواله أو يوصى بها بشرط استئذان المحكمة الحسبية وإذنها فإذا لم تأذن لا تنعقد وصيته ولا وقفه ، وهذا تقييد بعيد عن الفقه ، لأن الفقه أطلق له فى الوصية ما دامت غير محرمة ، ومن شأنها أن تحدث من العقلاء ، وأجاز الوقف ما دام على النفس أولا ، وإن تقييد الوصية ليس بسائغ قط ، لأن الوصية تكون فى كثير من الأحيان فى وقت لا يستطيع فيه استئذاناً ، وانتظار إذن ، ولأن الوصايا قد تكون دفعاً لتقصير فى واجبات دينية كانت واجبة ، وهو مكلف كل التكليفات الشرعية

فلا يصح أن نحرمه من تدارك ما فاته ، ولا يصح أن يكون مكلفاً ، ونحول بينه وبين القيام بتكليفاته ، ولذا يجب أن يطلق ما أطلقه الفقه .

(ثانيهما) أنه يجوز للسفيه وذى الغفلة أن يتسلم كل أمواله أو بعضها ، ويتولى إدارتها تحت إشراف القيم عليه والمحكمة ، وذلك بإذن من المحكمة المختصة . وفى هذه الحال يكون كالصبى (١) المميز إذا تسلم أمواله ليديرها ، وذلك يكون إذا بلغ ثمانى عشرة سنة ، وأحكامهم فى هذا مشتركة .

وإنه يلاحظ أن المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أبقى الأمر الثانى ، وهو الخاص بالإذن لهما بالإدارة ، وترك الأول من غير ذكر له مكتفياً بما ذكر منه فى أحكام الوقف وقانون الوصية ، وقد ألغى الوقف الأهلى فيما عدا الوقف على النفس فلا يزال لوقف السفيه موضع .

وقد بين القانون ما يجوز لهما إذا توليا إدارة أموالهما أو بعضها وبين ما يدخل فى الإدارة وما لا يدخل ، وأنه يدخل فى أعمال الإدارة أعمال الصيانة الضرورية لحفظ المال ، وكل عمل من الأعمال تقتضيه الإدارة كبيع

---

(١) هذه الأحكام وغيرها اشتملت عليها المواد ٥٦ و ٥٧ و ٥٨ و ٥٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٧٠ لسنة ١٩٥٢ وهذا نصها :

مادة ٥٦ — للقاصر المأذون أن يباشر أعمال الإدارة ، وله أن يفى ويستوفى الديون المترتبة على هذه الأعمال ، ولكن لا يجوز له أن يؤجر الأراضى الزراعية والمبانى لمدة تزيد على سنة ، ولا أن يفى بالديون الأخرى ، ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذى آخر أو بإذن خاص من المحكمة أو من الوصى فيما يملكه من ذلك .

ولا يجوز للقاصر أن يتصرف فى صافى دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقاتهم قانوناً .

مادة ٥٧ — لا يجوز للقاصر سواء أكان مشمولا بالولاية أو بالوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة وأذنته المحكمة فى ذلك إذناً مطلقاً أو مقيداً .

مادة ٥٨ — على المأذون له فى الإدارة أن يقدم حساباً سنوياً يؤخذ عند النظر فيه رأى الوصى ، وللمحكمة أن تأمر بإيداع المتوفر من دخله إحدى خزائن الحكومة أو أحد المصارف ، ولا يجوز له سحب شىء منه إلا بإذن منها .

مادة ٥٩ — إذا قصر المأذون فى الإدارة فى تنفيذ ما نصت به المادة السابقة . أو أساء التصرف فى إدارته . أو قامت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال فى يده جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة ، أو أحد ذوى الشأن أن تحد من الإذن أو تسلب القاصر إياه بعد سماع أقواله .

المحصولات وشراء ما يلزم للمحصولات . وقد قيدت بعض الأعمال بإذن خاص ، فإجارة المباني والأراضي الزراعية لمدة تزيد على سنة لا تكون إلا بإذن خاص ، كما أنه لا يجوز لهما التجارة إلا بإذن خاص مطلقاً أو مقيداً ، وليس للمأذون أن يستوفي حقاً أو يوفي ديناً إلا إذا كان ذلك الدين مترتباً على أعماله . أما إذا كان الدين غير مترتب على عمله . بل كان سابقاً على إدارته ، فإنه ليس له أن يوفيه إلا بإذن خاص به .

ويعتبر المأذون له بإدارة أمواله أو بعضها كامل الأهلية فيما أذن له فيه . وله التقاضي فيه ، بيد أنه لا يجوز له أن يتصرف في صافي دخله إلا بما يلزم لسد نفقاته وسد نفقات من تلزمهم نفقته قانوناً ، وللمحكمة أن تأمر بإيداع المتوافر من دخله إحدى خزائن الحكومة أو أحد المصارف ولا يجوز سحب شيء منه إلا بإذن منها .

وعليه أن يقدم حسابا سنوياً للمحكمة يطلع عليه الولي أو الوصي ، وتأخذ رأيه فيه . ومنه تعرف مقدار حسن إدارته أو سوئها .

وللمحكمة أن تسلب السفيه أو ذا الغفلة ما أعطته من حق الإدارة ، أو تضيق دائرة الإذن من تلقاء نفسها بعد تقديم الحساب ، وثبوت سوء إدارته أو بطلب من الولي أو الوصي أو غيرهما من أصحاب الشأن الذين يهمهم أمر المحجور عليه ، أو بناء على طلب النيابة العامة ، وذلك إذا تبين أن بقاء الإدارة له أو بقاءها كاملة يعرض أمواله للضياع ، بأن أساء التصرف فعلا ، أو قامت أسباب جعلت المحكمة تتوقع ذلك .

وفي كل هذه الأحكام كان السفيه وذو الغفلة إذا توليا أموالهما ، كالصبي إذا تولى ماله تماماً ، بيد أن الصبي لا يؤذن له بذلك إلا إذا بلغ ثماني عشرة سنة ولا يؤذن له قبل ذلك ، إلا في إدارة ماله الذي كسبه عن عمله ، كأن تكون له حرفة يكسب منها ، فإن له أن يدير أمواله التي تكون نتيجة كسبه ، وإذا لزمته ديون نتيجة هذه الإدارة ، فإنه يكون ضامناً لهذه الديون بمقدار الأموال التي كسبها ويديرها . وإن شرط في إدارة هذا النوع من المال أن يكون قد بلغ السادسة عشرة من عمره . وللمحكمة أن تقيد تصرفاته في ذلك إن كانت مصلحة . وقد أجاز المرسوم بقانون رقم ١١٩ للقاصر أن يتصرف

فيما يوضع تحت يده من مال لنفقته ، ويصح التزامه فى حدود هذا المال ، كما أجاز له إبرام عقد العمل الفردى .

٢٦٧ — المدين : قرر جمهور الفقهاء أن المدين إذا امتنع عن أداء دينه كان للدائن ملازمته ، وطلب حبسه ، وأجيب طلبه إن تبين للقضاء عسره ، وذلك لأن مطل الغنى ظلم ، والظلم يجب رفعه ، فيحمل المدين على رفعه بالحبس إلى أن يؤدى ما عليه من حقوق ثابتة حكم بها القضاء ، وهو يستطيع أداءها إذا ثبت أن لديه من المال ما يؤدى منه .

والفقهاء مع ذلك قرروا أن المدين يحجر عليه ، ويباع ماله لسداد دينه ، وقد خالف أبو حنيفة جمهور الفقهاء فى هذين الأمرين ، فمنع الحجر على المدين ومنع بيع ماله لسداد دينه . ولم يوافقهم إلا فى حبس المدين القادر وملازمته حتى يوفى . فموضع الخلاف إذن بين أبى حنيفة والصاحبين ، ومعهم جمهور الفقهاء أن أبا حنيفة يمنع الحجر على المدين وبيع ماله ، والصاحبان يريان مع جمهور الفقهاء الحجر على المدين وبيع ماله .

والحجر يكون إذا كانت الديون مستغرقة كل ماله ، ويكون موضوع الحجر هو المال الذى كان للمدين وقت الحكم بالحجر ، أما الذى يكتسبه بعد الحجر عليه فأقواله تنفذ فيه ، ولا تحتاج فى نفاذها إلى إجازة الدائنين . والحجر على المدين لا يكون إلا من وقت قرار القاضى بالحجر . فتصرفاته كلها نافذة قبل صدور القرار ، وقد اتفق على ذلك أبو يوسف ومحمد . وأبو يوسف سار على أصله الذى قرره فى السفيه ، وهو أن الحجر يبتدىء من وقت حكم القاضى ، أما محمد فهو الذى يختلف عنده الأمر فى الحجر على السفيه ، وعلى المدين . ووجه الفرق أن الحجر على السفيه لمعنى فيه ، وهو سوء اختياره فأشبه العته والجنون ، فيكون الحجر من وقت السبب . أما الحجر على المدين فهو لحق الغرماء ، حتى لا تضيع حقوقهم بتصرفه ، فيتوقف على قضاء القاضى ، لأنه من باب العمل على إيقاف الحقوق ، ورفع الظلم ، فيكون ملزماً من وقت صدوره .

وكل تصرف بعد الحجر لا ينفذ إلا بإجازة الدائنين ، وإن لم يجيزوه

لا ينفذ حتى يسدد الدين ، وإقراره بدين لا يلزم الدائنين ، ولكن عليه أداؤه بعد زوال الحجر ، أو من ماله الذى استفاده بعده .

وحجة الصاحبين فى جواز الحجر على المدين أن مصلحة الناس فى ذلك الحجر لأنه لو نفذت تصرفاته وإقراراته لأدى ذلك إلى ضياع حقوق الدائنين إذ يبيع أمواله بيعاً صورياً ليهرب من أداء الديون ، أو يقر بالمال لغير الدائنين ، فتذهب حقوقهم ظلماً ، ويجب الاحتياط لحفظ الأموال ، وهو ظالم بالامتناع عن الأداء ، ومن جهة أخرى فإن الديون لما استغرقت أمواله صارت حقوق الدائنين متعلقة بها ، إذ أصبحت ذمته وحدها لا تقوى على الانفراد بتحملها ، فإن تصرف بعد ذلك ، فقد تصرف فى مال قد تعلق به حق الغير .

وحجة أبى حنيفة فى منع ذلك أن الحجر عليه فيه ضرر أكثر من الضرر اللاحق بالدائنين فى تأخر ديونهم ، وأنه يمكن الجمع بين حقه فى حرية التصرف وتنفيذه ، وحقهم فى الاستيفاء . وذلك بحبسه وحمله على الوفاء ، وإن خوف بيع التلجئة بأن يبيع بيعاً صورياً ويضيع حقوقهم أمر غير واقع بل متوقع ، ولا يصح أن يدفعنا الحرص على حقوق الدائنين إلى إنزال ظلم واقع بالمدين لخشية ظلم متوقع للدائنين .

هذا هو موجز ما قاله أئمة المذهب الحنفى فى الحجر على المدين .

أما الأمر الثانى : وهو بيع مال المدين جبراً عنه لوفاء ديونه فقد قرر الصاحبان مع جمهور الفقهاء أن البيع يجوز إذا طلب الدائن وأمر القاضى ، سواء أكانت أموال المدين مستغرقة بالديون أم كانت غير مستغرقة ، بل يجوز الأمر بالبيع ، ولو كانت الديون لا تستغرق المال ، وقد خالف فى ذلك أبو حنيفة ، وقال لا يجوز بيع مال المدين لوفاء دينه بغير رضاه ، لأن النبى ﷺ قال : « لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيبة نفس منه » ونفس المدين لا تطيب ببيع القاضى جبراً عنه ، ولأنه مطالب بأداء ديونه ، وليس البيع متعيناً طريقاً للأداء ، فليس متعيناً سبيلا لرفع الظلم ، وليس للقاضى أن يلجأ إليه ، لأن من حقه رفع المظالم مع سلوك ما يتعين طريقاً لرفعها ، وليس هذا متعيناً طريقاً لرفعها .

وحجة الصاحبين أن النبى ﷺ باع مال معاذ بن جبل فى دين ركبه . وأن عمر بن الخطاب باع مال مدين فى دينه ، وقال فى جمهرة المسلمين : « ألا إنى بائع ماله فقاسم ثمنه بين غرمائه بالحصص ، فمن كان له عليه دين فليفد » ولأن من يمتنع عن الوفاء بحق وجب عليه ، وقد استحق الوفاء ، يقوم القاضى مقامه فى ذلك ، لأن امتناعه ظلم ، وللقاضى ولاية رفع المظالم .

وقول الصاحبين هو المفتى به . ويبدأ فى بيع أموال المدين ببيع ما يخشى عليه التلف من عروضه ، ثم ما لا يخشى عليه من العروض أيضاً ، ثم ببيع العقار ، لأن ذلك أصلح للمدين ، إذ العقار لا يرغب فيه فى كل الأوقات . وعرضه قد يبخس ثمنه ، ولقد قال الزيلعى فى هذا المقام : « الحاصل أن القاضى نصب ناظراً ، فينبغى له أن ينظر إلى المدين ، كما ينظر إلى الدائن ، فيبيع ما كان أنظر إليه ، وبيع ما يخشى عليه التلف أنظر له » .

٣٦٨ – ذوو العاهات : قلنا إن القانون الخاص بالقصر اعتبر ذا العاهتين من العمى والخرس والصمم محتاجاً إلى مساعدة قضائية . فمن كان أصم أخرس ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أخرس . وتعذر عليه بسبب اجتماع هاتين العاهتين التعبير ، جاز للمحكمة الحسبية أن تعين له من يعاونه فى التصرفات التى يعقدها . وهذا المعاون ليس له سلطان إنشاء التصرفات منفرداً ولكن له نقضها والاشتراك فيها ، فإنه بعد إقامته يكون له الحق فى إبطال كل تصرف من التصرفات التى تقررت المساعدة فيها ، إذا صدر ذلك التصرف من ذى العاهتين من غير معاونة من عينته المحكمة مساعداً له ومستشاراً ، ويبتدىء ذلك الحق له من بعد صدور قرار المساعدة وتسجيله . ليعلم الذين يعقدون عقوداً معه أن تصرفاته قابلة للنقض (١) .

وهذا النوع من الإشراف قد أتى به قانون المحاكم الحسبية . والمرسوم بقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٥٢ ، وهو ليس غريباً عن الفقه الإسلامى من كل الوجوه ، إن فى قوله تعالى فى آية المداينة : (فإن كان الذى عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً ، أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل) ما قد يفيد ذلك ،

---

(١) يراجع فى هذا المواد ٧٠ و ٧١ و ٧٢ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

فقد فسر القرطبي الضعيف بأنه المدخول الناقص الفطنة العاجز عن الإملاء ، إما لعته أو لخرس أو جهله بأداء الكلام ، وإذا كان ذو العاهتين ضعيفاً وجب أن يكون معه من يعاونه ، وجعل المعاونة فى إبطال التصرف أو الاشتراك فيه إن كان فيه ضرر احتمالى قد سوغه النبي ﷺ ، إذ قال لحيان ابن منقذ « إذا بعت فقل لا خلابة ، ثم أنت فى كل سلعة تبيعها بالخيار ثلاث ليال ، فإن رضيت فأمسك ، وإن سخطت فارددها على صاحبها » فهو قد أعطاه حق الإبطال بعد استشارة أهله والمتصلين به ، فجاء القانون ، وجعل حق الإبطال والاشتراك لمعاونه ، وجعل تسجيل قرار المعاونة كإعلان لمن يتعاملون معه بأن تصرفاته بالخيار ، أى يجوز فسخها ، فلا يضار أحد بمعاملته .

وقد أضاف المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، إلى ذوى العاهات من يكون فى حال عجز جسمى شـــديد ، فكان للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً .

فقد جاء فى الفقرة الأخيرة من المادة ٧٠ — ما نصه . « ويجوز لها ذلك أيضاً إذا كان يخشى من انفراد الشخص بمباشرة التصرف فى ماله بسبب عجز جسمانى شديد » .

الولاية

٣٦٩ — قلنا إن المولود تثبت عليه ثلاث ولايات :

(١) ولاية التربية الأولى ، وهى الحضانة وقد تكلمنا عنها .

(٢) ولاية المحافظة على نفسه وصيانته ، وهذه تثبت على الطفل بعد تجاوز سن الحضانة إلى بلوغه غير مفسد ، كما تثبت على المجنون والمعتوه وعلى البكر من النساء ، والثيب إن كانت غير مأمونة على نفسها .

والثالثة الولاية المالية ، وتثبت على الصغار والمجانين والمعاتيه ، والسفهاء وذوى الغفلة ، والضعفاء ، هى درجات تختلف قوة وضعفاً بحسب اختلاف حال المولى عليهم .

ولنتكلم أولا على الولاية على النفس ، ثم نتكلم على الولاية المالية .

الولاية على النفس

٣٧٠ - عمل الولى على النفس أمران :

(أحدهما) تتميم تربية الطفل التى ابتدأت بالحضانة :

(ثانيهما) الحفظ والصون بعد البلوغ وتولى عقد الزواج لمن كان قاصراً .

والولى على النفس هو العصبة من الذكور على رأى الصاحبين ، وكل قريب على رأى أبى حنيفة ، والعصبات جهات أربع البنوة والأبوة . والأخوة والعمومة . فإن كان الولى العاصب واحداً . فالولاية له وحده من غير شريك له . وإن تعدد الأولياء كانت الولاية لأقربهم جهة . وجهة البنوة تقدم على جهة الأبوة ، والأبوة على الأخوة . والعمومة هى الأخيرة . فإن تعددوا وكانت الجهة واحدة قدم أقربهم درجة . فالأب أولى من الجد ، والابن أولى من ابن الابن ، والأخ لأب أولى من الأخ الشقيق . وإن اتحدت الجهة والدرجة قدم أقواهم فمن كانت قرابته لأبوين أولى ممن تكن قرابته لأب واحد . فالأخ الشقيق مقدم على الأخ الأب . وابن الأخ الشقيق مقدم على ابن الأخ لأب . والعم الشقيق مقدم على العم لأب وابن العم الشقيق مقدم على ابن العم لأب وهكذا ، وإذا اتحدت الدرجة وقوة القرابة تثبت الولاية للاثنين وحكم القاضى بضمه لأصلحهما ، وقد فصلنا القول فى ترتيب الأولياء على النفس فى ولاية الزواج عند الكلام فى إنشاء العقد فارجع إليه .

٣٧١ - وإذا انتهت حضانة النساء أو بعبارة أدق إذا بلغ الطفل سن انتهائها ضم إلى الولى على النفس إذا كان من العصبات المحارم كالعم ، والأخ وابن الأخ والجد ، والأب ، سواء أكان الطفل غلاماً أم كان فتاة ، فإن لم يكن الولى العاصب محرما ، وهو ابن العم ، فإنه لا تضم الأنثى إليه ، بل يختار القاضى لها أميناً يضعها عنده أو يبقيها عند الحاضنة ، إن لم ير فى ذلك ضرراً ، أما الذكر فيضم إلى الولى .

ويستمر الطفل فى رعاية الولى على نفسه ما دام صغيراً لم يبلغ ، ولو لم

يكن ذلك الولى العاصب هو الولى المالى ، ولو كانت نفقة الفقير على غير الولى ، كأن يكون للصغير أخوات شقيقات ولأب ، ولأم ، وعم ونفقته على أخواته ، وعمه لا نفقة عليه ، ولكن تكون له الولاية على نفسه ، فيكون عنده ، ونفقته على غيره .

وإذا بلغ الطفل فإن كان قد بلغ مجنوناً أو معتوهاً ، فإن ولاية العاصب تستمر على نفسه ، ويكون حق ضمه إليه ويجب أن يحافظ عليه ولو كانت نفقته على غيره ، أو كانت الولاية المالية لغيره ، وإذا بلغ عاقلا ثم جن أو عته فإن الولاية على النفس ، تعود إلى الولى على النفس ، كما تعود الولاية على المال إلى الولى المالى .

وفى حال بلوغ الغلام عاقلا إن كان مأموناً على نفسه تنتهى الولاية على النفس ، وليس لأحد عليه ولاية الضم ، وإن بلغ غير مأمون على نفسه كان لوليه العاصب أن يضمه إليه ، لحاجته إلى من يحافظ عليه حتى يؤمن على نفسه .

أما الفتاة إذا بلغت ، فإن ولاية الولى العاصب المحرم تستمر عليها ، ومظهرها أن له حق ضمها إليه ما دامت بكراً ، حتى تعنس بأن تصير كبيرة لا يخشى عليها فإن لها حينئذ أن تنفرد دون أوليائها ما دام لا يخشى عليها الفساد ، والثيب ليس لوليها أن يضمها إليه لخبرتها ، وعدم غرارتها ، إلا إذا كانت غير مأمونة على نفسها ، بأن كان يخشى عليها الفتنة إذا انفردت ، فإن لوليها العاصب حق ضمها فى هذه الحال ، وقد قال صاحب البحر « إن ذلك يكون للأب والجد فقط ، ولكن الذى فى فتح القدير أن حق الضم للولى العاصب أياً كانت طبقته ، إلا إذا كان غير ذى رحم محرم ، فإن الأنثى لا تضم إليه على ما علمت ، بل تكون عند أمين يختاره القاضى ، أو من له حق الحضانة . وقد اختار ابن عابدين تعميم صاحب الفتح ، لا تخصيص صاحب البحر .

٣٧٢ — ويشترط فى الولى العاصب الذى له حق الضم أن يكون بالغاً عاقلا قادراً على صيانته ، يتحد دينه مع دينه ، فإن لم يتحد الدين لا تثبت

هذه الولاية ، فإذا كان الأب غير مسلم ، فلا ولاية له على ولده المسلم ؛ لأنه لا ولاية لغير المسلم على المسلم ، لأن هذه الولاية تتبع الميراث ، ولا توارث بين المسلم وغير المسلم ، وهناك شرط أساسي ، وهو أن يكون الولى العاصب نفسه أميناً على القاصر غير مفسد له ، لأن هذه الولاية للإصلاح والحفظ والصيانة ، فلا يتولاها من اشتهر بالفساد ، وغلب على أحواله عدم الصلاح ، ولذلك لا تثبت هذه الولاية لسفيه حتى إن الأب إذا كان سفيهاً لا يكون له حق تزويج ابنته ولا ابنه إذا كانا قاصرين لأن الولاية على النفس تزول عنه ، وإن كانت له ولاية تزويج نفسه ، إذ ليست هذه فى مواضع الحجر ، وقد جاء فى كتاب أحكام الصغار ما نصه : « وفى المنتقى السفيه المحجور عليه ، إذا زوج ابنته ، أو أخته الصغيرة لم يجز ، كذا عن محمد رحمه الله » (١) .

وإذا كان السفيه بالنسبة للنكاح وتوابعه غير محجور عليه ، بل ولايته كاملة فيه ، فمنع ولايته على غيره فى الزواج ، إنما هو لأنه مفسد لا رأى له ، فلا تكون له ولاية على النفس بالنسبة لغيره ، إذ أساسها القدرة على الصيانة ، والحفظ والأمانة ، ولا يرجى شىء من ذلك من السفيه .

ولذلك إذا كان أحد العصبة مفسداً لا يدفع إليه القاصر ومن فى حكمه ، بل يدفع إلى من يليه فى الرتبة من العصاب إذا كان مصلحاً ولم يكن مفسداً ، فإن لم يكن عصبة صالح دفع القاضى القاصر ومن فى حكمه إلى من يحافظ عليه .

ولا فرق فى هذه الأحكام بين الأب والجد وغيرهما من العصبات ، لأن شرط الأمانة والصلاح والقدرة على الحفظ والصيانة شرط عام ينطبق على الأب والجد كما ينطبق على غيرهما .

ولقد نقل ابن عابدين عن الخلاصة — النص على أنه إذا كان للولد كسب ، وكان الأب مبذراً غير أمين ، فإنه يدفع كسب الولد إلى أمين ، وينزع من الأب ، وقال ابن عابدين تعليقاً على عبارة الخلاصة « أى أن القاضى ينصب لهم وصياً يحفظ مالهم ، إذا كان الأب مبذراً » .

فإذا كان الفقهاء يقررون أن الأب ينزع منه مال ولده إذا كان مبذراً

---

(١) أحكام الصغار المطبوع على هامش جامع الفصولين جـ ١ ص ٢٠١ .

متلفاً يخشى منه على ماله ، فأولى من ذلك إذا أدى فساده إلى أن يخشى منه على الولد نفسه ، فإنه ينزع منه ، ويعطى لمن يليه من العصبات .

وعلى ذلك إذا كان الولى العاصب القريب مفسداً غير أمين على القاصر ، تنتقل الولاية إلى الذى يليه من العصبات ، ويكون الحكم بزوال الولاية من القاضى الذى هو صاحب الولاية العامة فى الأحوال الشخصية ، وإن لم يكن للقاصر عصبة أمين عليه يختار له القاضى أميناً قادراً ، وقد نص على ذلك فى متن التنوير .

وخلاصة القول أنه إن كان العاصب القريب فاسد الأخلاق غير أمين كانت الولاية لمن يليه من العصبات ، وإلا فلمن يختاره القاضى ، والقاضى المختص بذلك فى مصر هو محكمة الأحوال الشخصية ، لأن اختصاص هذه المحاكم يشمل الأموال وولاية التربية والحفظ والصيانة والتزويج وهى الولاية على النفس . فكل هذا من صميم الأحوال الشخصية .

ولقد كانت الأمور بالنسبة للولاية على النفس تسير على مقتضى هذه الأحكام الشرعية كما هو مدون فى كتب الفقه الحنفى تطبيقاً للمادة ٢٨٠ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ إلى أن صدر المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ ، فنظم أحكاماً لسلب الولاية على النفس ، وقرر أن الولاية على النفس ، تسلب عن الأولياء الذين صدرت ضدهم أحكام فى جرائم معينة ، أو اشتهروا بفساد السيرة ، ويتعرض الصبى الذى هو فى ولايتهم بسبب ذلك للفساد فى صحته أو أخلاقه ، ولذلك قرر سلب الولاية فى الأحوال الآتية :

١ — إذا حكم على الولى فى جريمة اغتصاب أو هتك عرض أو جريمة من الجرائم التى يكون فيها تحريض على الدعارة ، وكانت الجريمة على من هو فى ولايته ، وكذلك من حكم عليه أكثر من مرة فى هذه الجرائم ، ولو لم تكن جريمة التحريض على من فى ولايته .

٢ — من حكم عليه لجناية وقعت على نفس أحد من تشملهم الولاية ، أو حكم عليه لجناية وقعت من هؤلاء .

وسلب الولاية فى هاتين الحالتين سلب حتمى لا جوازى ، فإذا توافرت الأسباب لم يكن مناص من سلب الولاية .

إذا سلبت الولاية على قاصر سلبت عن بقية من تحت ولايته ، وقد استثنى من تلك الحال الثانية إذا كان المولى عليه فرعا للولى ، فإن سلب الولاية يكون مقصوراً على من وقع الاعتداء عليه أو حكم بالعقوبة بسببه (١) .

ويكون سلب الولاية جوازيا ، فيجوز أن تسلب ، ويصح أن توقف كلها أو بعضها فى الأحوال الآتية :

(أ) إذا حكم على الولى بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة .

(ب) إذا حكم عليه فى جريمة اغتصاب أو هتك عرض أو تحريض على الدعاوى ، ولم تكن الجريمة على من هو فى ولايته ولم تتكرر .

(ج) إذا حكم على الولى أكثر من مرة لجريمة تعريض الأطفال للخطر أو الحبس بسبب اعتداء جسيم ، إذا كانت الجريمة فى كل هذا على من هم فى ولايته .

(د) إذا حكم بإيداع أحد المشمولين بولاية الولى فى دور الاستصلاح ، فإن ذلك يكون دليلا على أنه لا يحسن القيام على تربية من هو فى ولايته .

(هـ) إذا عرض الولى للخطر صحة أحد من تشملهم الولاية أو سلامته أو أخلاقه أو تربيته بسبب سوء المعاملة أو سوء القدوة نتيجة الاشتهار بفساد السيرة أو الإدمان على الشراب أو المخدرات ، أو بسبب عدم العناية ، أو سوء التوجيه ، ولا يشترط فى هذه الحال أن يصدر ضد الولى حكم بسبب تلك الأفعال (٢) .

ويحكم بسلب الولاية أو وقفها فى كل ما سبق . ولو كانت الأسباب المسوغة للسلب سابقة على قيام الولاية (١) وإذا سلبت الولاية أو وقفت عهد بالصغير إلى من يلى الذى سلبت ولايته أو وقفت ، فإن امتنع كان للمحكمة أن تعهد بالصغير إلى أى شخص يكون أميناً عليه ، ولو لم يكن

---

(١) نصت على ذلك المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٣ .

(٢) هذا ما نصت عليه المادة الثالثة من المرسوم المذكور .

(٣) المادة الرابعة .

قريباً ما دام حسن السيرة صالحاً للقيام بتربيته ، أو أن تعهد به لأحد المعاهد أو المؤسسات الاجتماعية المعدة لذلك .

وإذا حددت المحكمة الحرمان من الولاية عهدت بمباشرة الحقوق التى حرم منها الولى إلى أحد السابقين (١) .

ويجوز للمحكمة الجنائية حين تقضى بالعقوبة التى هى سبب لسلب الولاية أو وقفها أو الحد منها — أن تقضى بذلك فى حكمها (٢) .

ومن المقرر فى هذا القانون أنه إذا تقرر سلب الولاية على النفس سلبت معها الولاية على المال (٣) .

ولا يجوز للذين سلبت ولايتهم لجنايتهم على الصغير أو لتكرار الحكم عليهم فى جرائم الدعارة أن يطلبوا إعادة ولايتهم إذا رد اعتبارهم ، كما يجوز لمن سلبوا الولاية بسبب سوء أخلاقهم وإهمالهم شأن الصغير أن يطلبوا إعادتها بعد ثلاث سنين من سلبها .

٢ — الولاية المالية

٣٧٣ — الولاية المالية تثبت على المحجور عليهم ، وهى تختلف باختلافهم وتتبع فى ثبوتها نوع الحجر ، فإن كان الحجر بقرار من القاضى ، فإن القاضى المختص هو الذى تكون له الولاية ، أو لمن يعينه ذلك القاضى ، أما إذا كان الحجر مستنداً إلى عجز المولى عليه ، وقصر طبيعى فيه كالصغر والعته والجنون فإن الولاية تثبت أولا للمولى الشرعى ووصيه ، فتثبت الولاية للأب ثم وصيه ، ثم الجد ، ثم وصيه ، ثم القاضى من بعد ذلك .

وعلى ذلك فالولاية على السفيه وذى الغفلة تكون للقاضى ، والقيم الذى يقيمه القاضى ، ولا تكون للأب ولا الجد ، وبالأولى لا تكون لوصيهما ، وذلك إذا كان قد بلغ رشيداً ، ثم حجر عليه ، أما إذا بلغ سفيهاً فإن ولاية الولى تستمر حتى يرشد على رأى محمد خلافاً لأبى يوسف .

---

(١) المادة الخامسة .

(٢) المادة ٨

(٣) المادة ١٠

هذا ما نص عليه فى كتب الفقه ، فقد جاء فى الدر المختار ، أن السفيه كالصغير المميز فى الأحكام ، إلا أن ولاية الأب والجد تزول عنه ، وقد عزا ابن عابدين ذلك إلى الحموى » (١) وذو الغفلة قد نص الفقهاء على أنه كالسفيه من كل الوجوه .

وقد كان قانون المجالس الحسبية يسير على مقتضى هذه الأحكام الفقهية ، فيتولى هو تعيين القيم على السفيه وذى الغفلة ، ولكن القانون الذى عدله ، وأنشأ المحاكم الحسبية ، وهو القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ جاء فى المادة ٤٤ منه ما قد يفيد أن ولاية الأب والجد على السفيه تستمر قائمة ، وهذا نص تلك المادة .

« يسرى حكم المادة ١٦ من القانون على من يختار للقوامة ما عدا الولى فلا يحرم منها إلا إذا قام به بسبب من أسباب سلب الولاية أو الحد منها أو وقفها المنصوص عليه فى المادتين ١٠و١١ من هذا القانون » .

فإذا كانت هذه المادة جاءت تحت عنوان الحجر ، وبعد الكلام على السفيه وذى الغفلة فقد يفهم من هذا أن للأب والجد على السفيه ولاية ، ولكن الفقه لم يعاون على ذلك ، إذ ولاية الأب والجد قد زالت ببلوغه عاقلا غير سفيه ، ولا يمكن أن تعود إلا إذا زال عقله على ما سنبين ، ولذلك وجب قصر الجزء الخاص بالولاية فى هذه المادة على ما يتعلق بالمجنون والمعتوه وقد ذكرا فى هذا الباب ليكون القانون سائراً مع الفقه (٢) .

وإذا عين الأب والجد ولياً أو قيما على السفيه ، فإن شأنهما فى هذا الحال يكون كشأن سائر القوام يستمدان السلطة من المحكمة المختصة ، لا من حق شرعى أعطاه لهما الفقه الإسلامى .

ولقد جاء بعد المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٣٥ فقرر فى صراحة

(١) المختار وابن عابدين جـ ٥ ص ١٤٣ طبع استامبول .

(٢) من الغريب أن المذكرة التفسيرية فيها هذا النص : ويلاحظ أن المشروع لم يأخذ بالرأى القائل بعودة الولاية للأب فى حال الحجر على ولده ، ولم نجد فى القانون نصاً يفيد هذا ولو ضمنياً ، بل وجد العكس ، ولعله كان موجوداً فى المشروع وحذف فى أحد أدواره التشريعية .

قاطعة أن القوامة تكون على المجنون المعتوه والسفيه وذى الغفلة للابن البالغ ، ثم للأب ، ثم لمن يختار من المحكمة .

والمحكمة المختصة هى التى تعين القيم من هؤلاء .

وكذلك هى التى تعين المساعدين القضائيين لذوى العاهات ، وعملهم لا يتجاوز الحق فى إبطال كل تصرف من التصرفات التى تقرر المساعدة القضائية فيها ، إذا صدر عن الشخص الذى حكم بمساعدته بعد تسجيل الحكم بالمساعدة كما ذكرنا .

هذا وتعيين هؤلاء المساعدين من اختصاص محاكم الأحوال الشخصيه ، لأنها هى التى تقيد تصرفاتهم كلها ، أو بعضها وتجيز حق إلغائها ممن تعينه ، فكان الحجر بعملها وإن كان سببه عيباً فى المحكوم بمساعدته .

٣٧٤ — والولاية على الصغير تكون عند المالكية للأب ثم وصيه ، ثم للقاضى ووصيه . فالجد عند المالكية ومثلهم الحنابلة ليس له ولاية على القاصر قط ، فلا تثبت له : وبالأولى لا يكون له وصى . وإذا عينه القاضى كان وصياً من قبله ، وذلك لأن الجد لا ينزل منزلة الأب عند المالكية والحنابلة ، لا فى ولاية الزواج ، ولا فى الولاية المالية .

وقال الشافعى الولاية تكون للأب ثم للجد الصحيح ، ثم لوصى الأب ثم لوصى الجد ، وذلك لأن الشافعى ينزل الجد الصحيح منزلة الأب عند عدم وجوده لوفور شفقته مثله ، ولذلك ثبتت له الولاية فى التزويج ، فثبتت له أيضاً الولاية المالية .

وقال أبو حنيفة وأصحابه إن الولاية على الصغير تكون للأب ثم وصيه ثم للجد ثم وصيه ، وترى من هذا أن الحنفية يثبتون الولاية للجد ، ولكن يؤخرون مرتبته عن مرتبة وصى الأب ، وذلك لأن الأب أوفر الناس شفقة بولده ، فإقامته وصياً مع وجود أبيه دليل على أنه يراه أصلح منه ، وإن لم يكن له وفور شفقته . وإرادة الأب فى شئون ولده محترمة بعد وفاته ، كما هى محترمة فى حياته .

ومذهب الحنفية وسط بين المذاهب فى هذا ، فهو لم يلغ ولاية الجد كما

قرر مالك وأحمد ، ولم يقدمها على وصى الأب كما قرر الشافعى . بل توسط وهذا المذهب هو المعمول به فى مصر بالنسبة للولاية الشرعية ، لأنه كان المعمول به من قديم ، ولم يوجد من القوانين ما ينسخ العمل به بل إن المجالس الحسبية من قبل ، ومحاكم الأحوال الشخصية الآن قررت ذلك ، وسنت النظم التى تمكنها من الإشراف من غير أن تمس جوهر الأحكام التى قررت فى الفقه الحنفى ، على ما سنبين .

٣٧٥ — هذه هى الولاية على الصغير ؛ أما الولاية على المجنون والمعتوه فإنها تكون على هؤلاء المذكورين فى المذهب الحنفى إذا بلغ الصبى مجنوناً أو معتوهاً فإن الولاية التى كانت ثابتة عليه فى صغره تستمر بعد كبره ما دام العجز الذى أوجدها لا يزال قائماً ، ولأنها لا تسقط إلا ببلوغه رشيداً ، وقد بلغ غير عاقل ، فلا يكون ثمة ما يسقطها .

وإذا بلغ عاقلا رشيداً ثم جن أو عته ، فالمذكور فى المتون أن ولاية الأب والجد تعود إليهما ، لأن سقوطها كان بسبب بلوغه عاقلا ، فإذا زال العقل أو نقص عادت الولاية ، إذ علتها نقص العقل أو زواله ، والحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً . وقد ذكر الشراح أن ما فى المتون استحسان وأن القياس كان يوجب ألا تعود الولاية إلى الأب والجد ، وتكون للقاضى لأن ولايتهما قد سقطت بالبلوغ عاقلا ، والساقط لا يعود ، كما هو مقتضى القواعد العامة فى الفقه الحنفى ، ووجه الاستحسان ما ذكرنا وهو وفور شفقة الأب والجد ، وأنه ليس من المعقول أن يعين القاضى أحداً ، والأب حسن الرأى والتدبير ، وهو موفور الشفقة .

وقد ذكرت التتارخانية أن الاستحسان رأى أبى حنيفة والصاحبين ، وإن كان القياس فى هذا الوضع هو رأى زفر ، وقيل إن الاستحسان قول محمد وإن القياس قول أبى يوسف (١) ، ومهما يكن من أمر الاختلاف فإن

---

(١) راجع ابن عابدين فى الجزء الخامس فى آخر كتاب الحجر ، وقد جاء فى تنقيح الحامدية ما نصه : « إذا كان الأب معتوهاً أو مجنوناً تبقى ولاية الأب عليه فى ماله نفسه ، وإن بلغ عاقلا ثم جن أو عته هل تعود ولاية الأب فيها ، قال أبو بكر البلخى لا تعود عند أبى يوسف ، وتكون الولاية للسلطان . وقال محمد تعود ولاية الأب فى النفس والمال جميعاً استحساناً ، وقال محمد بن إبراهيم الميدانى عندنا تعود ولاية الأب ، وعند زفر تثبت الولاية للسلطان (عمادية).

الراجح هو الاستحسان لأنه المنصوص عليه فى المتون دون سواه وقد اكتفى بذكره فى التنوير ، ولم يذكر غيره الدر المختار .

وقانون المحاكم الحسبية يفيد ، أن ولاية الأب الجد تستمر ، وتعود بالنسبة للمجنون جنوناً طارئاً والمعتوه عتها طارئاً لأن المادة ٤٤ تصرح بأن أحكام الأوصياء تطبق على من يختاره للقوامة على المجنون والمعتوه وتستثنى الولى ، وتقول : «إنه لا يحرم منها إلا إذا قام سبب من أسباب سلب الولاية أو الحد منها أو وقفها ، وذلك يقتضى أن الولاية تستمر على المجنون والمعتوه ، وتعود إلى من يبلغون عقلاء ، ثم يحجر عليهم بسبب الجنون ، وقد قطع الحكم فى ذلك القانون رقم ١١٩ كما ذكرنا ، فصرح بأن تكون الولاية للابن والأب والجد .

ولاشك أن الأب والجد لهما من وفرة الشفقة ورعاية المصلحة ما يجعلهما أحق بتولى أمر ولدهما من أجنبى ، وإنه ليكون غريباً أن تعين المحكمة المختصة قيما على المجنون والمعتوه ، وله أب أو جد تعلم صلاحيتهما للولاية أو القوامة . وخصوصاً أنه لا يعطف عليه لضعفه ومرضه أحد أكثر من هؤلاء .

وحيثما ثبتت الولاية للأب أو الجد ، فإنها تثبت له فى حياته ، ويجوز أن يوصى بها إلى غيره من بعد وفاته ، وعلى ذلك تكون الولاية على المجنون والمعتوه للأب ثم وصيه ، وهو المسمى بالوصى المختار ثم للجد ثم وصيه ، ويسمى أيضاً الوصى المختار ، فإن لم يكن وصيا للجد ، ولا للأب كانت الولاية المالية للقاضى الذى يجعل ولى الأمر ذلك من اختصاصه ، وهو فى مصر الآن محكمة الأحوال الشخصية .

ولنتكلم بعد ذلك فى بيان حدود ولاية الأولياء ومدى إشراف المحاكم الحسبية عليهم ، والأوصياء والقامة وطرائق توليهم ، وشروط بقائهم وطرائق عزلهم .

ولاية الأب

٣٧٦ – تثبت الولاية للأب على أولاده الصغار والمجانين والمعاتيه ، بشرط أن يكون هو عاقلا رشيداً غير محجور عليه ، كما بينا ، ويشترط أن يكون متحد الدين مع ولده ، فإن كان غير مسلم ، وأولاده مسلمون فإن الولاية لا تثبت له عليهم ، كأن تكون أمهم قد أسلمت وهم صغار ، فتبعوها فى دينها ، وبقى على دينه ، فإنه فى هذا الحال لا يثبت له ولاية مالية عليهم ، ويشترط أن يكون أميناً غير مبذر لكى تستمر ولايته .

وعلى ذلك فالآباء ثلاثة أقسام :

القسم الأول : أب غير أمين مبذر لماله ، يستحق أن يحجر عليه فى شئون ماله ، أو يحجر عليه فعلا ، وهذا تسلب ولايته على ابنه ، ويعين القاضى وصياً يتولى الولاية عليه فعلا ، لأنه فى هذه الحال يكون غير أمين على مال ولده ، أو يده ليست يداً حافظة تصونه ، فتسلب ولايته ويتولاها وصى محافظ عليه ، ولذا جاء فى ابن عابدين ما نصه . فى عامة الكتب « إذا كان الأب مبذراً متلفاً مال ابنه الصغير فالقاضى ينصب وصياً ، وينزع المال من يده » .

وفى كتاب جامع أحكام الصغار . ذكر شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله فى أدب القاضى من أبواب الوصايا « أن الصغير إذا ورث مالا وله أب مبذر مستحق للحجر على قول من يرى الحجر على السفيه لا تثبت الولاية للأب » .

القسم الثانى : أب أمين غير مبذر ولا متلف ، وهو حسن الرأى والتدبير أو يكون من حسن الرأى والتدبير مستور الحال ، وهذا تطلق يده فى مال ولده فتجوز منه كل التصرفات السائغة شرعا ، فكل تصرف يملكه فى ماله الخاص يجوز أن يتصرفه لولده فى ماله ، إلا ما يكون تبرعا بعين المال ، فإن ذلك يعد ضرراً محضاً ، وهذه الولاية للمصلحة ، ولا يحدها إلا ما يثبت أنه ضرر محض ، وعلى ذلك يكون له البيع والشراء فى العروض وسائر المنقولات وفى العقارات ما دام من غير غبن فاحش ، ولا فرق فى ذلك بين مال ومال ،

وله الإجارة والاستئجار بالمثل والغبن اليسير ، وله إيداع مال الصغير بالأجر وبغير الأجر ، وله إعارة مال الصغير ، إلا إذا كان في الإعارة تعطيل للإجارة لأنه إذا كانت الإعارة تعطيلا للإجارة فإن ذلك يكون تصرفاً ضاراً محضاً ، فيثبت أنه لا مصلحة فيه فيبطل ، وإذا لم يكن في الإعارة تعطيل للإجارة كحيوان غير معد للاستئجار أو أداة من أدوات الزراعة لم تعد للاستئجار ، فإنه تجوز الإعارة ، وإنما جازت الإعارة في هذه الحال مع أنها تبرع لجريان العرف بها ، ولأن تبادل المنافع بين الناس يتقاضاها ، ولأنه ضرر منها في هذه الحال ، والتصرف الممنوع من الأب هو التصرف الذي يثبت الضرر منه ، ولم يثبت ذلك الضرر ، وله أن يرهن مال الولد في دين على الولد ، لأن ذلك تصرف لم يتبين ضرره ، بل هو نوع من وفاء الدين الثابت على الصغير ، وله ذلك الوفاء .

وقد اختلف في جواز رهن مال الولد في دين على الأب لا على الولد ، فقد قال أبو حنيفة ومحمد إن ذلك يجوز ، وقال أبو يوسف : إن ذلك لا يجوز ، لأنه يؤدي إلى إبقاء دينه من مال الصغير ، ولا يجوز ذلك إذ هو ضرر محض بالصغير ، وقول أبي يوسف هو القياس ، وقول الطرفين استحسان ، ووجهه أن الرهن وإن كان من مال الولد يشبه الإيداع ، بل هو أقوى منه ، لأن الوديعة إن هلكت تهلك غير مضمونة والمرهون إن هلك يهلك مضموناً بالأقل من القيمة ومن الدين ، وإذا كان الإيداع قد جاز مع ذلك فأولى أن يجوز الرهن ، وإذا بيع الرهن في سبيل الدين ضمن الأب للولد دينه ، وإذا هلك الرهن وكانت قيمته أكبر من الدين ضمن الأب الزائد عن الدين ، وضمن هذا الزائد باعتباره قد وفى الدين عنه .

وفي الحقيقة أن أبا يوسف نظر في المنع إلى المآل ، والطرفين نظرا في الجواز إلى حال الإنشاء .

ويجرنا البحث في هذه القضية إلى أداء الأب دينه من مال ولده ، على أن يكون ضامناً لأدائه ، اختلفت الروايات في المذاهب ، ففي رواية أن ذلك جائز ، ما دام الأب ضامناً للأداء بعد ذلك ، وروى شمس الأئمة السرخسي أن ذلك لا يجوز ، لأن ذلك التصرف يضر ضرراً محضاً ، والولاية مقيدة بالمصلحة .

والخلاف جرى أيضاً فى استقراض الأب مال ابنه ، فأجازه محمد ، ومنعه أبو حنيفة رضى الله عنه (١) .

ولكن إقراض مال الولد لغيره لا يجوز فى أصح الأقوال فى المذهب ، لأن الإقراض تبرع ابتداء ، والتبرع فى كل صوره لا يجوز .

والحوالة يجوز قبولها إذا كانت على أملأ ، فإذا كان للولد دين ، وأحاله المدين على غيره ، فليس للأب أن يقبل الحوالة إلا إذا كان المحال عليه أملأ من المدين الأول ، أو كان الأب هو الذى باشر سبب الدين ، فإن الحوالة تجوز ولو كان المحال عليه أقل ملاءة من الأول ، لأنه كان يمكنه التعاقد معه ، فيمكنه أن يقبل الحوالة عليه .

وكذلك للأب أن يؤجل الدين الذى باشر سببه ، لأنه إذا كان يمكنه أن يعقده مؤجلا ، فيمكنه أن يؤجله بعد تعجيله ، ولكن لا يمكنه أن يؤجل ديناً لم يتول هو سببه .

٣٧٧ — هذا وقبل أن نترك الكلام فى الأب الأمين الذى لا يعرف بسوء الرأى — ننبه إلى أمور أربعه :

أولها — أن كل تصرف يكون من الأب بغبن فاحش لا يكون صحيحاً ، لأن الغبن الفاحش تبرع ، والتبرع كما قررنا غير جائز ، ولو صدر عن الأب تصرف بغبن فاحش يكون للقاضى إبطاله إذا رفع إليه ، ولو علمه أقام من يخاصم عن الصغير ويقضى ببطلانه .

ثانيها — أن تصرفات الأب سائغة ما دام لم يقم دليل على ضرر فيها ، وليس عليه أن يبين مسوغات لها ما دام الضرر ليس واضحاً ، إلا أن القاضى له أن يتدخل إذا تبين أن تصرفاً منها ليس فى مصلحة القاصر يقيناً ، ولقد جاء فى كتاب جامع أحكام الصغار : « الأب أو الوصى ، إذا باع عقار اليتيم فرأى القاضى أن نقض البيع أصلح للصغير كان له نقضه » (٢) .

---

(١) راجع كتاب جامع أحكام الصغار جـ ١ ص ٢٩٧ هامش جامع الفصولين

(٢) الكتاب المذكور جـ ١، ص ١٩٣ .

فالأب وإن كان مطلق اليد لا تحتاج تصرفاته فى نفاذها إلى وجود ما يسوغها وللقاضى أن يبطل التصرفات التى يتبين أنها ليست من المصلحة ، وأنها ضارة لا محالة .

ثالثها — أنه جاء فى كتاب (جامع أحكام الصغار) أن الأب فى عقود إجارته مقيد بألا يؤجرها إلى مدة طويلة ، وهى التى تزيد على ثلاث سنين فى الأراضى الزراعية والبساتين ، وعن سنة فى الدور والحوانيت ، فقد جاء فيه ما نصه : « إذا أجر أرض اليتيم إجارة طويلة لا يجوز ، وكذلك أبو الصغير والمتولى لأن الرسم فى الإجّارة الطويلة أن يجعل شىء يسير من مال الإجارة فى مقابلة السنين » (١) .

ويلاحظ أنه إذا أجر شيئاً من أملاك الولد ، فإن الإجارة لا تفسخ ببلوغ الصغير رشده ، ولا بإفاقة المجنون رشيداً ، لأن العقد ما كان لنفسه بل كان بالنيابة عنهما ، ولا حق لهما فى فسخه ، ولكن لو أجر الصغير أو المعتوه بأن كان أحدهما ذا حرفة يستطيع القيام بعمل فيها يستحق عليه أجراً فأفاق المعتوه ، أو بلغ الصغير رشيداً ، فإنه يكون له حق الفسخ ، وذلك لأن هذه الإجارة كان يملكها الأب بمقتضى ماله من ولاية على أنفسهما لا على مالهما ، وقد زالت هذه الولاية بالبلوغ والإفاقة ، فيزول ما كان من أثر التصرف على شخصهما بمقتضاها .

رابعاً — أن الهبات لا تجوز من الأب ، ولكن إذا كانت الهبة بعوض فإن محمداً قال تجوز ، لأن الهبة بعوض ، وإن كانت تبرعا ابتداء هى معاوضة انتهاء ، فهى فى معنى البيع ، فتجوز جواز المعاوضات ما دام العوض لا غبن فيه ، وقال أبو يوسف وأبو حنيفة لا تجوز ، لأن الهبة بعوض هبة ابتداء ، فتأخذ حكم الهبات فى إنشائها ، ولذا لا تتم إلا بالقبض ، وإذا كانت هبة ابتداء فهى تأخذ حكم التبرعات ، والتبرعات من الأب باطلة .

٣٧٨ — هذا ومن المقرر أن الأب ومثله الجد له أن يعقد عقود المعاوضات بينه وبين القاصر الذى هو فى ولايته ، ويتولى هو العقد من الجانبين ، وذلك

---

(١) الكتاب المذكور جـ ١ ص ٢١٩ .

لأن الأب والجد لوفور شفقتهما وكمال رعايتهما تجوز تصرفاتهما على ولدهما ، وربما كان فى البيع والشراء مصلحة وإيثار له ، بل هذا هو الفرض الذى يتفق مع كمال الرعاية ووفور الشفقة ، وإن ذلك استثناء من القاعدة العامة التى تمنع أن يتولى طرف واحد عقداً مالياً عن الطرفين ، لمنافاة ذلك لأحكام النيابة فى العقود المالية ، إذ حقوق العقد فيها ترجع إلى العاقد نفسه ، ولو سوغ ذلك لعاقد واحد لكان مطالباً ومطالباً معاً ، وذلك لا يجوز (١) .

وفى حال بيع الأب أو الجد أو الوصى للقاصر أو الشراء منه يقيم القاضى وكيلا يقبض المبيع من الولى ، ويسلمه إياه ويقبض الثمن ثم يسلمه إياه كذلك (٢) لكى يكون المتولى العقد مطالباً فقط لطرف من طرفيه ، ويكون الوكيل هو المطالب بحقوق الطرف الآخر ، ولذا يكون الثمن فى ضمان الأب حتى يقبضه الوكيل ، فإن قبضه منه ثانيا صار أمانة فى يده ، بعد أن كان مضموناً باعتباره ثمناً ، وكذلك فى حال البيع يستمر المبيع فى ضمان الأب ، بحيث إذا هلك يبطل البيع حتى يتسلمه من أقامه القاضى فإن تسلمه ثم سلمه للأب أو الجد من بعد ، صار أمانة فى يده وبذلك يكون تولى العقد من الجانبين سائراً على النسق الفقهى الذى يمنع أن يكون الشخص الواحد مطالباً ومطالباً معاً .

٣٧٩ — القسم الثالث : من الآباء وهو الأمين سيء التدبير ، وهذا تثبت له الولاية على مال ولده القاصر ، ولكن لنقص تدبيره وفساد رأيه قيدت تصرفاته بالمصلحة الظاهرة ، فإن كانت المصلحة ظاهرة واضحة فى التصرف نفذ ، وإلا لم ينفذ ، وإذا باع شيئاً من أموال القاصر كانت المصلحة الظاهرة فى أن يبيعه بضعف القيمة ، وظاهر ما جاء فى جامع الفصولين أن ذلك حكم عام يشمل العقار والمنقول ، ومثل ذلك جاء فى كتاب جامع

---

(١) وقد خالف ذلك حكم الوصى عند محمد فإنه لا يجوز له أن يتولى عقداً لنفسه مع القاصر ، وقال أبو حنيفة ، وأبو يوسف يجوز إذا كان فيه نفع ظاهر للقاصر وفسر أبو حنيفة النفع الظاهر بأن يشترى العقار من القاصر بضعف القيمة ويبيعه له بنصفها ، وأن يشترى المنقول منه بالقيمة ونصفها ويبيعه له بثلثها .

(٢) جامع أحكام الصغار جـ ٢ ص ١٩٢ هامش جامع الفصولين .

أحكام الصغار ، ففيه ما نصه : « إذا كان الأب فاسد الرأى إن باع بضعف قيمته صح ، وإن باع ما سوى العقار فكذلك الجواب » .

وإنما شدد فى البيع ذلك التشديد لأن البيع إخراج عين مملوكة ، وإن ذلك قد يكون ضرره فاحشاً ، فيجب أن يحتاط له ذلك الاحتياط المشدد فيه .

ويستخلص من هذا أنه لأمانته تبقى يده الحافظة ، ويتقى سوء رأيه وفساد تدبيره ، بمنعه من إخراج الأعيان من ملك الولد . إلا فى هذه الأحوال الواضحة الخيرية التى لا تحتاج الخيرية فيها إلى إثبات . وما عدا هذا من التصرفات ، فإن فى منع التصرف بالغبن الفاحش ما يكفى للاحتياط من فساد الرأى والتدبير .

٣٨٠ — تصرفات الأب فى القانون : لم يكن قبل سنة ١٩٢٥ للمجالس الحسبية أى سلطان على الأولياء الشرعيين . الأب والجد ، وكانوا خاضعين للقاضى الشرعى ، وإن لم يكن له عليهم حساب ، ولكنه هو الذى يتولى العزل إن استحقوه ، ولما جاء قانون المجالس الحسبية سنة ١٩٢٥ جعل لها سلطاناً على الأولياء ، ولكنها لا تتعرض لهم حتى تصل إليها شكوى من تصرفاتهم فتحاسبهم ، فإن لم تجد فى الحساب ما يطعن به فى تصرفاتهم تركت لهم سلطانهم الشرعى كاملا ، وإن وجدت ما يوجب الحد من سلطانهم حدت منه بما يدفع الضرر ، وإن ثبت أن الولى غير أهل للولاية سلبت ولايته .

وقد جاء قانون المحاكم الحسبية الأخير ، فأبقى ما كان للمجالس على الأولياء من رقابة ، وأدخل تغييراً فيها لم يمس جوهرها ، ثم جاء المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فجعل ولايتهم تحت سلطان محكمة الأحوال الشخصية .

وخلاصة ما جاء بذلك المرسوم من أحكام خاصة بالأولياء ، أنها أقرت المبادىء الشرعية بالنسبة للأولياء ، فاعتبرت الولاية حقاً طبيعياً شرعياً لهم ، فكانت الولاية ثابتة لهم ، ليس لهم أن يتنحوا عنها ، إلا بإذن المحكمة المختصة ، لأنها حق لهم ، وواجب عليهم ، وثبت لهم ذلك بالشرع بسبب تلك الصلة التى تربطهم بالقاصر ، فلا يمكنهم تركه ، إلا بقرار ، ويمكن المتتبع لما جاء فى هذا المرسوم بقانون أنه يقسم الأولياء إلى أربعة أقسام :

القسم الأول : أب أمين كامل الرأى والتدبير ، ليس منه خطر على مال القاصر ، وهذا تكون له كل التصرفات التى سوغها له الشارع الإسلامى ، ولا تتدخل فى شأنه المحاكم المختصة إلا عند الشكوى منه . وقد أجيز له تصرف لم تجزه له الشريعة ، وهو التبرع من ماله لأداء واجب إنسانى عام ، أو خاص بأسرته ، ولكن ذلك بعد استئذان المحكمة وإذنها . وذلك لأنه فى كثير من الأحيان يفتح باب التبرعات لمصالح اجتماعية كإنشاء ملجأ أو مستشفى ، ويكون من الخير أن يتبرع له من أموال القاصر إذا كان غنياً موسراً ، وكذلك إذا كان ثمة واجب فى الأسرة ، كتبرع بهدية لمتزوج فيها ، أو مواساة مريض ، أو معاونة معوز ، فإن هذه كلها واجبات اجتماعية أو متبادلة فى الأسر ، ولا تعد من الإتلاف إذا كانت فى خدمة المجتمع أو الأسرة .

ويمكن أن يوجد للواجبات الاجتماعية العامة أصل فى الفقه الإسلامى ، فإن أكثر أبواب التبرعات من مصارف الزكاة ، وقد قرر الأئمة الثلاثة أن الزكاة تجب فى أموال القاصرين ، فيصح أن يكون ذلك التبرع على هذا الوجه ، وخصوصاً أن الدولة لا تتولى الآن جمع الزكوات .

وما يكون فى داخل الأسر إنما هو من تبادل الهدايا ، ويشبه الهبات بعوض ، وهو عبر النفقات الواجبة بحكم محكمة الأحوال الشخصية ، فإن هذه تدفع من غير استئذان المحكمة المختصة ، إذ هى واجبة بإيجاب الشارع الإسلامى ، فإن نفقات الأقارب تجب على الموسرين من الأقارب ، ولو كانوا قاصرين » (١) .

وقد قيد الأب فى معاملته مع القاصر ، فلا يجوز له أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه أو لزوجته أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن من المحكمة ، ولا يجوز أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه (٢) وكذلك

---

(١) بينت المادة ٥ من المرسوم بقانون رقم١١٩ لسنة١٩٥٢ جواز التبرع فى هذه الأحوال ونصها : « لا يجوز التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى بإذن المحكمة » .

(٢) المادة ٦

لا يجوز للأب أن يتصرف فى العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة ، وعلى المحكمة أن تأذن إلا إذا كان التصرف من شأنه أن يجعل أموال القاصر فى خطر (١) أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة (٢) .

ولا يجوز للولى الاستمرار فى تجارة آلت إلى القاصر إلا بإذن من المحكمة (٣) وقد أجيز للولى القرض بإذن من المحكمة (٤) .

ولا يجوز له أن يقبل هبة أو وصية مقيدة بالتزامات إلا باذن من المحكمة (٥) .

ولا يجوز تأجير عقار للقاصر لمدة تمتد إلى ما بعد البلوغ بسنة (٦) .

وإن هذه القيود بلاشك تجعل تصرفاته فى جملتها خاضعة لرقابة المحكمة ولم تكن مطلقة لا حساب فيها إلا عند الشكوى ، كما كان الشأن أولا .

وقد أعفى من هذه القيود أموال القاصر التى تكون من طريق التبرع من أبيه سواء أكان التبرع صريحاً أو مستتراً ، ولا يلزم الأب بتقديم حساب عنها .

القسم الثانى : أب ليس كامل الرأى والتدبير ، وفى إطلاق يده فى مال القاصر خطر ، ويكفى لإزالة خطره أن تحد تصرفاته ، وتقييده بقيود تشرف على تنفيذها المحكمة ، فتحد ولايته بذلك ، والمحكمة تقدر مقدار ما يزيل خطره على أموال القاصر ، وهذا نظير الأب الأمين فاسد الرأى المنصوص عليه فى الفقه .

القسم الثالث : أب يكون غير أمين على الولد أو سفيها لا يصلح للولاية ويخاف على أموال القاصر منه ، فتنزع من تحت يده ، ويزول سلطانه

---

(١) المادة ٧
(٢) المادة ٧
(٣) المادة ٨
(٤) المادة ٩
(٥) المادة ١٢
(٦) المادة ١٠

وتسلب ولايته (١) وهذا نظير الأب المبذر المفسد غير الأمين المنصوص عليه في الفقه .

وواضح أن المحكمة لا يمكن أن تعلم حال هذين الأبوين إلا بشكوى من تصرفهما وفحص لحالهما ، وانتهائها إلى ذلك الحكم الخاص بهما .

القسم الرابع : أب تقف المحكمة ولايته وذلك في ثلاث أحوال :

(أولاها) إذا حجر عليه لعته ، أو جنون ، أو سفه ، لأنه في هذه الحال لا يكون له الولاية في ماله ، فأولى ألا تكون له الولاية في مال غيره إذ ثبوت الولاية المتعدية فرع ثبوت الولاية القاصرة . فتوقف ولايته إلى أن يزول الحجر وتعود له ولايته على نفسه ، فتعود ولايته على القاصر :

الثانية — إذا اعتقل تنفيذاً لحكم في جناية أو حكم عليه بالحبس مدة تزيد على سنة فإن ولايته توقف ، إذ لا ينتفع في مدة اعتقاله برأيه فكان من المصلحة وقف هذه الولاية ، وقيد سبب الاعتقال بكونه جناية ، لأن مدة الاعتقال فيها تطول غالباً ، أما الجنحة فإن مدة الاعتقال فيها قصيرة إذ هي سنة فأقل ، ويمكنه أن يدير فيها أمور القاصر بوكيل مدة اعتقاله ، ولأن الجناية جريمة ذات خطر ، فكان من المصلحة عند الاعتقال بسببها أن توقف الولاية ، حتى تتعرف مصلحة القاصر من حيث استمرار الولاية من بعد ذلك كاملة أو محدودة ، أو إنهاؤها .

الثالثة — إذا اعتبر غائباً ويعتبر غائباً إذا كان مجهول الحال ، فلا تعرف حياته أو مماته ، أو هجر الوطن راضياً أو مرغماً ، ولم يستطع أن يدير أمواله أو أموال من يكون في ولايته بنفسه أو وكيله مدة أكثر من سنة ، فإذا كان الولي غائباً على هذا النحو وقفت ولايته مدة غيابه ، لأن المحكمة الحسبية تعنى

---

(١) بينت حكم هذا النوع من الأولياء وسابقه المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، ونصها : إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي أو لأي سبب آخر أو خيف عليها منه ، فللمحكمة أن تسلب ولايته أو تحدها .

بالرقابة على إدارة أمواله وتعين وكيلا يديرها تحت إشرافها . فأولى ألا يكون ولياً على غيره في مدة هذه الغيبة (١) .

وفي مدة وقف الولي تعين المحكمة وصياً مؤقتاً يدير أمواله في مدة وقفه إلا إذا كان للقاصر جد صحيح يلى الأب في الولاية ، فإنه يقوم بشئون القاصر ، حتى يزول الوقف .

وإذا كان الوقف بقرار من المحكمة ، فإزالته تكون منها ، لأنه لا يلغى قرار القاضي إلا القاضي .

وقبل أن نترك الكلام في أحكام الولي في قانون المحاكم الحسبية نشير إلى أمرين :

أولهما — أن الولي ليس مطلق التصرف في المعاملة بينه وبين القاصر في قانون المحاكم الحسبية ، كما هو الشأن في الأحكام الفقهية في مذهب أبي حنيفة وقد ذكرنا ذلك . وإن ذلك سير على مقتضى مذهب زفر الذي لا يجيز أن يتولى عاقد واحد عن الطرفين العقود المالية ، وقد خالفه في ذلك أئمة المذهب بالنسبة للأب والجد على ما بينا .

ثانيهما — أن ولاية الولي ليست عامة في كل الأحوال بمقتضى قانون المحاكم الحسبية فإنها قد تخصص ، وذلك إذا تبرع متبرع للقاصر أو آل إليه ميراث ، واشترط المتبرع أو المورث ألا يتصرف فيه الأب أو الجد ، كأن توصى الأم المختلفة مع الأب — إلى ولدها ، وتشترط ألا يتصرف أبوه أو جده في ذلك المال الذي توصى به ، فإن من مصلحة القاصر أن ينفذ التبرع ، ومن العدالة أن ينفذ الشرط ، وعلى ذلك لا يدخل في ولايته التصرف في تلك الأموال إلا بإذن من المحكمة (٢) .

---

(١) ذكرت أحوال الوقف المادة ٢١ ونصها : « تحكم المحكمة بوقف الولاية إذا اعتبر الولي غائباً أو انتقل لتنفيذ الحكم بعقوبة في جناية أو بالحبس مدة تزيد على سنة » .

(٢) نصت على ذلك المادة ٨ وهذا ما جاء فيها : « إذا كان مورث القاصر قد أوصى بألا يتصرف وليه في المال المورث فلا يجوز الوالي أن يتصرف فيه إلا بإذن من المحكمة » .

ولاية الجد

٣٨١ - ولاية الجد تتأخر عن وصى الأب فى المذهب الحنفى ، وقلنا إنه المذهب الوسط ، لأن الشافعى يقدمه على وصى الأب ، ومالك لا يثبت له ولاية قط ، والجد موضع الكلام هو الجد الصحيح أبو الأب وإن علا .

ويشترط لولايته ما يشترط لولاية الأب ، وهو أن يكون عاقلا رشيداً حراً متحد الدين مع القصر .

ومع اتفاق أئمة المذهب الحنفى على أنه يتأخر فى الولاية عن وصى الأب قد اختلفوا فى قوة ولايته ، فأبو حنيفة وأبو يوسف قررا أن تصرفاته السائغة هى تصرفات وصى الأب ، غير أنه لا يجوز أن يتولى العقد مع القاصر ، من غير قيد إلا أن يكون غبن فاحش ، وأما الوصى فهو مقيد على ما سنبين .

وقال محمد : إن الجد كالأب فى عموم ولايته وفى قوتها ، وإن تأخر عن وصيه ، وذلك لأن الجد يتولى هذه الولاية بوصف كونه أباً ، إذ الجد أب عند فقد الأب ، وما دمنا قد اعتبرناه أباً عند فقد الأب ، فتكون له كل حقوق الأب ، وعليه كل واجباته وهكذا تستبين أحكام الشريعة بالاستقراء فى الزواج والميراث والنفقات ، وتقديم وصى الأب عليه ، لأن الأب أراد ، لا لأنه فى ذاته أقوى ولاية وأوفر شفقة ، وأكثر مراعاة لمصلحة القاصر .

وحجة الشيخين فى اعتبارهما تصرفات الجد كالوصى أن الوصى مقدم فى الترتيب على الجد ، فيجب ألا تزيد قوة ولايته عليه ، لأنها إن زادت كان فى ذلك مناقضة للترتيب المتفق عليه ، ولاقتضى لا محالة أن يتقدم الجد على وصى الأب ، وذلك غير واقع والمفتى به قول الشيخين .

ويلاحظ أن الجد مع أن قوة ولايته لا تقل عن ولاية الوصى بالاتفاق لا يجوز له أن يبيع بعض أعيان التركة لسداد الدين إذا كان الورثة كباراً ، وإن ذلك جائز من الوصى بالاتفاق ، ووجه الفرق أن يوصى الأب خليفته فى القيام بكل ما عليه من حقوق فى تركته ، فهو الذى يسدد ديونه بمقتضى

هذه الخلافة التي أعطاها إياه ، ويبيع أمواله في سبيل سداد هذه الديون ، حتى تبرأ ذمته بمقتضى هذه النيابة ، أما الجد فإنه ليس له هذه النيابة ، لأن الأب لم يختره لها ، ولكن يتولى أمور القاصرين بمقتضى الصلة التي تربطهم به ، فهو يتولى شئونهم بإنابة الشارع إياه عنهم ، وليست له نيابة عن المتوفى ، لأنه لم يعطه هذه النيابة ، ولذلك كان له أن يبيع لسداد ما يخص الأيتام من الدين ، أو ما يخصه هو ، لأن له الولاية على نفسه وعليهم .

هذا والقانون لم يفرق بين ولاية الأب والجد من حيث الأصل بل ذكر الولاية بلفظ يشملها . فقال للأب ، ثم للجد الصحيح الولاية على مال القاصر وعليه القيام بها ، ولا يجوز له أن يتنحى ، ثم عمم أحكام الولاية من غير أن يخصص واحداً منهما بمزايا دون الآخر ، فهل هو يعتبرهما في قوة واحدة سيراً على مقتضى مذهب محمد الذي جعل قوة ولايتهما واحدة ؟ الظاهر ذلك ، لأنه جعل الوصي المختار كسائر الأوصياء المقامين من قبل القاضي ، وجعل الجد الصحيح في درجة الولاية الأولى ، ولم تفترق التصرفات إلا في أمرين .

أولهما — أن الجد لا يجوز له التصرف في مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها إلا بإذن المحكمة .

ثانيهما — أن الجد يكون مسئولا عن خطئه كالوصي ، أما الأب فلا يسأل إلا عن الخطأ الجسيم .

والقانون لم يذكر الترتيب بين وصي الأب والجد ، ويظهر أنه ترك ذلك للأحكام الفقهية ، لأنها المعمول بها ما لم يكن نص ينسخها ، فإن كان القانون القائم قبل تلك القوانين المعدلة ، فإن لم يوجد ما يلغي حكما من أحكامها يكون هو الباقي .

الوصي المختار

٣٨٢ — الوصي المختار هو وصي الأب ووصي الجد ، لأن الأب أو الجد يختاره خليفة له في الولاية على القصر الذين هم في ولايته بعد الوفاة .

والإيصاء يكون بعقد بين الموصي ، والوصي ، ويكون الإيجاب من

الموصى والقبول من الوصى ، ولكن القبول لا يشترط أن يكون فور الإيجاب ، بل يجوز أن يكون متراخياً إلى ما بعد الوفاة ، لأن هذا الإيجاب مضاف إلى ما بعد الموت ، فامتد القبول إلى ذلك الوقت ، وأيضاً ، فإن ثمرات هذا العقد لا تظهر إلا بعد الوفاة ، فكان القبول ممتداً إلى ما بعدها .

وإذا رد فى حياة الموصى وفى حضرته بطل الإيجاب ، وكذلك إذا رد فى غير حضرته وأعلمه بالرد أما إذا لم يعلم بالرد فإن الإيجاب لا يبطل ، حتى لا يموت مغروراً زاعماً أنه أوصى ، مع أن الإيصاء قد بطل ، وإذا لم يقبل ولم يرد فى حياة الموصى ، (ومثل ذلك إذا رد ولم يعلم الموصى بالرد حتى مات) فإنه يكون له القبول والرد بعد الوفاة ، لأنه ليس هناك ما يلزمه بالوصاية ، إلا إذا كان قد تقيد بالقبول فى حياة الموصى ، فإنه يكون الإيصاء لازما إذا مات الموصى ، والوصى مصر على قبوله ، ولم يكن منه ما يدل على الرجوع عن قبوله .

وإذا كان له حق القبول والرد بعد الوفاة ، فإن قبل ولو ضمنا ، فليس له أن يرد بعد ذلك ، لأنه التزم القيام بذلك الواجب ، فصار كالكفيل إذا التزم بأداء الدين ليس له أن يرجع فى التزامه ، ومن القبول ضمنا أن يتصرف فى تركة الموصى ولو كان لا يعلم بالإيصاء ، لأن الخلافة تثبت من غير حاجة إلى إعلام ، فإذا تصرف قبل الإعلام كان ذلك دليلا على القبول إذا علم .

وإذا رد بعد الوفاة لا يعتبر الرد إلا بعد إقرار القاضى له عند أبى حنيفة والصاحبين ، وقال زفر يتم الرد وإخراجه من الولاية من غير حاجة إلى إقرار القاضى ، وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا رد ثم قبل من غير أن يصدر قرار من القاضى بإخراجه ، فزفر يقول ، إنه لا يصير وصياً ، والأئمة يقولون ، إنه يصير وصياً وحجة زفر أن الإيصاء لا يتم بإيجاب الموصى وحده ولو مات مصراً على ذلك ، فإذا رد الموصى إليه بعد وفاة الموصى يلغى الإيجاب ، ويعتبر كأن لم يكن ، كالشأن إذا رد فى حياته ، فإذا قبل بعد رده ، فان قبوله لم يصادف إيجاباً فيكون لغواً ، وحجة أئمة المذهب الحنفى الثلاثة ، أن الموصى مات معتمداً عليه ، فاذا رد واعتبر رده من غير إقرار القاضى كان فى ذلك

ضرر بالميت ، وضرر بالقاصر ، إذ يكون المال من غير وال عليه حتى يعين القاضى ، وضرر الإجبار إلى أن يرى القاضى أخف من ضرر الضياع ، والضرر الأقل يقبل بجوار دفع الضرر الأكثر ، وإذا كان الضرر عليه شديداً أخرجه القاضى وأزال الضرر عنه ، ولأن الرد كان لا يعتبر فى حياة الموصى إلا إذا كان فى حضرته ، وبعد وفاته يقوم القاضى مقامه ، ويقر القاضى الرد إن كانت مضرة الوصى بإمضاء الإيصاء أشد من مضرة القاصر .

والإيصاء عقد غير لازم ما دام الموصى حياً ، فللموصى أن يرجع فيه فى أى وقت شاء ، لأنه يشبه الوكالة ما دام حياً ، وكذلك للموصى إليه أن يرد بعد قبوله فى أى وقت شاء بشرط إعلام الموصى برده كما بينا .

٣٨٣ - وللموصى أن يوصى إلى اثنين أو أكثر ، فإن الإيصاء يصح إذا قبلاه على النحو الذى بيناه ، وإذا لم يخصص واحداً منهما بعمل فإن الولاية تثبت لكل واحد منهما كاملة ، ولكن ليس لأحدهما أن ينفرد بالتصرف فى أمر دون الآخر عند أبى حنيفة ومحمد إلا إذا أجاز الموصى لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف أو كان الأمر لا يحتاج إلى رأى وتدبير ، كقبول هبة وتحصيل وأجرة ، أو بيع ما يخشى من التأخير الضرر ، بحيث تفوت مصلحة مؤكدة إذا انتظر رأى الآخر .

وقال أبو يوسف إن لكلا الوصيين أن ينفرد بالتصرف ، لأن الولاية ثبتت له كاملة ، فله أن يتصرف منفرداً ، كوليين فى الزواج يكونان فى درجة واحدة فيكون لكل واحد منهما أن يزوج من غير انتظار لرأى الآخر ما دام فى مرتبته ولأن الوصاية خلافة ، والخلافة عن الميت تثبت كاملة ، فيكون لكل واحد ما للميت من غير انتظار رأى الثانى .

وحجة الطرفين أن هذه الولاية ثبتت بتفويض الموصى ، وهو ما فوض لأحدهما منفرداً ، بل فوض لهما مجتمعين ، وتصرفهما حال اجتماع رأيهما ، ليس كتصرف أحدهما ، ولم يرض إلا بالاجتماع ، ولأنه ما ضم أحدهما إلى الآخر إلا لأنه لاحظ أن أحدهما يعجز منفرداً عن إدارة أموال القاصر فكان لابد من أن يتصرف كلاهما برأى صاحبه ، ولأنه لو أجيز لكل واحد منهما أن يتصرف من غير رأى الآخر لتعارضت التصرفات وتضطرب

الإدارة ، ولا تستقيم الأمور. والوصايا تقبل التخصيص عند أبي حنيفة ، ولا تقبلها عند أبي يوسف ،واختلفت الرواية عن محمد، وعلى ذلك إذا أوصى إلى شخصين على أن يكون أحدهما مختصاً مختصاً بإدارة الدور والحوانيت ونحوها ، والآخر مختصاً بإدارة الأراضي الزراعية والبساتين . فإن كل واحد منهما يكون مختصاً بما خصص به في مذهب أبي حنيفة ، ويكون وصياً في الكل في مذهب أبي يوسف ، وحجة أبي يوسف أن الولاية خلافة لا تثبت إلا كاملة فلا تثبت مجزأة ، فلا تقبل التخصيص ، وحجة أبي حنيفة أن الوصاية كالوكالة تقبل التقييد ، وقد يكون الشخص محسناً لبعض الإدارة دون بعضها الآخر .

وقبل أن نترك الكلام في الإيصاء نقرر أن الإيصاء شرط استمراره صحيحاً إلى وقت موت الموصى أن يستمر الموصى عاقلا إلى وفت وفاته . فإذا جن الموصى أو عته ، ولو بعد قبول الموصى إليه ، فإن الإيصاء يبطل ، ولو استفاق بعد ذلك ، فإنه لابد من إيجاب جديد ، وذلك لأن الإيصاء تصرف غير لازم ، والتصرفات غير اللازمة يشترط في بقائها ما يشترط في إنشائها ، من الأهلية مكاملة لمنشئها .

ويشترط في الوصى الذى يختاره الأب أو الجد أن يكون بالغاً عاقلا رشيداً حراً ، متحد الدين مع المولى عليه عدلا ، أميناً غير فاسق ، والعبرة باستيفاء هذه الشروط بعد الوفاة لا قبل ذلك لأن ذلك وهو وقت تنفيذ الإيصاء ، وهذه الشروط ليست شروطاً للإنشاء ، بل للشروط للنفاذ .

فإذا كان الوصى غير مستوف للشرط بعد الوفاة فإن القاضى يخرجه ولا يمكنه .

٣٨٤ ـ هذه شروط الإيصاء وأحواله في الفقه الحنفى ، ولننظر في شروط الوصى المختار في القانون .

يشترط القانون في الوصى المختار ما يشترطه الفقه ، فيشترط العدالة والكفاية ، وأن يكون ذا أهلية كاملة ، كما يشترط أن يكون من دين القاصر وطائفته واشترط مع ذلك ألا يكون محكوماً عليه في جريمة سرقة أو خيانة أمانة أو نصب أو تزوير ، أو جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو غير ذلك

من الجرائم الماسة بالشرف ، وهذا فى الحقيقة داخل فى شروط العدالة ، كما يشترط ألا يكون محكوماً بإفلاسه إلى أن يحكم برد اعتباره

هذا ويلاحظ أمران ، (أحدهما) أن الوصى المختار كان فى قانون المجالس الحسبية الصادر فى سنة ١٩٢٥ لا يتولى أمر الوصاية إلا بعد إقرار المجلس الحسبى للاختيار ، فلا ولاية له قبل ذلك ، فكان المجلس هو الذى يتولى التعيين ، والموصى له الاقتراح فقط .

أما القانون الصادر فى سنة ١٩٤٧ ، فإن المحكمة ليست لها فيه سلطة رد الوصاية إذا كانت مستوفية للشروط التى يشترطها الفقه ، ويشترطها القانون ، ولكن تعرض الوصاية بعد الوفاة على المحكمة لتثبتها فقط ، ولا يمكن للمحكمة أن تثبت وصاية إلا إذا كان الإيصاء ثابتاً بورقة رسمية أو عرفية مصدق على الإمضاء فيها ، أو ورقة عرفية مكتوبة كلها بخط الموصى وموقعة بإمضائه ، فإن لم تكن ثابتة بذلك لا يلتفت إليها .

وهذا فى الواقع سير على نسق إثبات الوصايا ، والتصرفات التى تسند إلى المتوفى فى أثناء حياته ، فالوصية لابد لإثباتها من إحدى هذه الطرق ، والطلاق إذا ادعى بعد وفاة من استند إليه يثبت بما هو قريب من ذلك .

وقد أبقى ذلك الإثبات المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢

(الأمر الثانى) أن قانون سنة ١٩٤٧ ذكر وصى الأب ، ولم يذكر وصى الجد . فهو يقول : « يجوز للأب أن يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر ، أو للحمل المستكن ... » ولم يذكر جواز ذلك للجد ، فهذا يدل على أنه يعتبر الوصى المختار من الأب ولا يعتبر الوصى من الجد الصحيح ، وإن فى ذلك سيراً على بعض اتجاهات الإمام مالك الذى لم يثبت الولاية للجد ، ولا لوصيه فخالفه القانون فى الجد ، ووافقه فى وصية ، وقد تقرر ذلك أيضاً بالمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٣ .

٣٨٥ — تصرفات الوصى المختار : الوصى المختار إذا كان عدلا أميناً مستوفياً لكل شروط الصلاحية للولاية على الغير تكون تصرفاته من ناحية الشريعة كتصرفات الأب ، إلا فى أمور منها :

أولا - بيع العقار . فبيعه يجوز من الأب ، بلا قيد ولا شرط إلا أن يكون البيع بغبن فاحش ، فإنه لا يجوز ، ويكون التصرف لازماً للقاصر إلا إذا رأى القاضى أن فى البيع ، ولو من غير غبن ضرراً بالصغير ، فانه يتدخل لنقضه حفظاً لمصلحة الصغير على ما بينا فى تصرفات الأب .

أما الوصى ، فان بيع العقار لا يجوز منه إلا بأحد أمرين :

(أحدهما) وجود مسوغ لبيعه .

(وثانيهما) أن يكون فى البيع نفع ظاهر له .

أما الأول فبيانه يكون ببيان المسوغات ، وقد أحصاها الفقهاء بستة هى:

(أ) أن يكون القاصر محتاجا للإنفاق ، ولا مال ينفق منه . وليس له عروض أو منقولات يمكن بيعها والإنفاق من ثمنها ، فانه يجوز البيع منه بقدر سد هذه الضرورة ، بشرط ألا يكون البيع بغبن فاحش ، كسائر العقود التى يتولاها الأولياء على القصر .

(ب) إذا كان على الميت أو على القاصر دين ، وليس ثمة نقود يسد منها ولا منقول يكفى ، فنى هذه الحال يباع من العقار بقدر ما يكفى لسداد الباقى من الدين .

(ج) أن يكون الموصى قد أوصى بوصية مرسلة من النقود ، وليس فى التركة مال يكفى لسدادها ، ولا منقول يباع فى سبيل السداد ، فإنه يباع من العقار ما يكفى لهذه الوصية بشرط ألا يكون ثمة غبن فاحش .

(د) إذا كان العقار فى يد متغلب ، ولا يمكن استخلاصه منه ، ووصى بدفع ثمنه من غير غبن فاحش فإن البيع يجوز .

(هـ) إذا وجد أن العقار ليس له غلات تزيد على نفقاته ، ويمكن أن يشترى بثمنه ما يدر غلات تفضل على النفقات ، فإنه يباع ، ويشترى بثمنه ما يدر غلات أوفى .

(و) أن يخشى عليه النقصان ، بأن كان بجوار البحر ، ويأكله البحر عاماً بعد عام فإنه يجوز بيعه من غير غبن فاحش .

هذه هي المسوغات لبيع العقار ، فإن لم تكن هذه المسوغات ، فلا يجوز البيع إلا إذا كان الأمر الثاني ، وهو الخيرية الظاهرة ، وذلك بأن يبيعه بضعف قيمته ، فإن لم تكن تلك الخيرية الظاهرة فلا يجوز البيع .

والسبب فى منع الوصى من التصرف فى العقار إلا بهذه القيود ، وتسويغ ذلك للأب — أن الأب وافر الشفقة ، فإذا كان حسن الرأى والتدبير مع وفور شفقته ، فقد اجتمع له بذلك ولاية كاملة ، فيكتفى بألا يكون التصرف واضح الضرر فى العقار والمنقول ، أما الوصى فإنه غير وافر الشفقة ، وإن كان حسن الرأى ، فكان الاعتبار الأول فى ولايته هو الحفظ والصيانة والتصرف الذى لا يعرض رأس المال للخطر ، والعقار مصون بنفسه محفوظ . فلا يصح بيعه ما دام لا خطر عليه ، ويدر غلات منتظمة .

الأمر الثانى — مما يختلف فيه الأب ومثله الجد فى هذا ، عن الوصى المختار ، أن الأب والجد يجوز لهما أن يبيعا للقاصر ، ويشتريا منه العقار والمنقول بمثل القيمة وبالغبن اليسير ، وأن يتوليا طرفى العقد ، أما الوصى فليس له ذلك عند الإمام محمد ، لعدم وفور شفقته ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف يجوز ذلك منه بشرط الخيرية الظاهرة ، وذلك بأن يشترى منه العقار بضعف القيمة ، ويبيعه له بنصف القيمة ، وأن يشترى منه المنقول بالقيمة ونصفها ، ويبيعه له بثلثى القيمة .

الأمر الثالث — أن الوصى لا يجوز له أن يبيع مال القاصر لمن لا تقبل شهادته له من زوج ، أو أصول أو فروع ، ولا أن يشترى من هؤلاء إلا بالخيرية الظاهرة ، وأبو حنيفة يشترط لتحقيق الخيرية أن يكون البيع بأكثر من القيمة ، والشراء بأقل منها ، وعند الصاحبين تكون الخيرية بألا يكون غبن ولو كان يسيراً ، وإن البيع أو الشراء ممن لا تقبل شهادتهم له جائزة من الأب والجد من غير قيد ، إلا قيداً واحداً ، وهو ألا يكون ثمة غبن فاحش .

الأمر الرابع — أنه لا يجوز رهن ماله للصغير فى دين للصغير عليه ، ولا أن يرتهن لمال الصغير فى دين له على الصغير ، لأنه لا يجوز أن يتولى

طرفى العقد إذا لم تكن الخيرية ظاهرة ، ولا يمكن تحقق ظهور الخيرية فى الرهن والارتهان ، فلا يجوز تولى العقد بالنيابة عن الطرفين فيه .

هذه هى الأمور التى يفترق فيها الوصى المختار عن الأب فى تصرفاته ، وفيما عدا هذه الأمور ، فإنه يجوز له أن يتصرف كل التصرفات التى يملكها الأب .

٣٨٦ - والوصى المختار له أن يوصى إلى غيره ، فإذا أوصى إلى غيره ، كان وصياً ، وذلك لأنه خليفة الأب أو الجد ، وله أن ينقل هذه الخلافة إلى غيره ، وإذا أوصى إلى شخص فى تركته كان وصياً على القاصر الذى هو وصى عليه أيضاً ، وقال الشافعى إن الوصى ليس له أن يوصى ، لأن الميت فوض إلى رأيه هو دون رأى غيره ، فلا يصح أن يوصى إلى غيره ، كما أنه ليس للوكيل أن يوكل إلا بإذن عام أو خاص ، وحجة الحنفية أن الولاية قد انتقلت إليه بالخلافة عن الميت ، فيصح أن يوصى بها لغيره ، كما أن للجد أن يوصى لغيره . وأن الإيصاء معناه نقل ما كان يملكه من ولاية إلى من أوصى إليه ، وقد كان هو له ولاية فى أمواله وأموال القاصر ، فمن يخلفه فى الولاية يكون وصياً فى تركته وفى أموال القاصر الذى آلت ولايتها إليه .

٣٨٧ - والوصى - الأصل فيه الأمانة ، ويستمر على ولايته ما دام عدلا قادراً على القيام بشئون القصر ، وإن كان عاجزاً عن القيام بشئون القصر ضم إليه القاضى من يعينه ، وإن كان للقاضى عزله .

ولقد ذكر الطحاوى فى مختصره « وأن الأوصياء ثلاث مراتب : وصى مأمون على ما أوصى به إليه مضطلع للقيام به ، فلا يجوز للقاضى أن يعترض عليه ، ووصى مأمون غير مضطلع للقيام به أيده الحاكم بمن يعاونه ، ووصى غير أمين ومخوف على ما أوصى فيه ، فإن القاضى يخرجه ويعين غيره » .

ولقد قال الزيعلى فى القسم الثانى إنه إذا ظهر للقاضى عجزه أصلا استبدل به غيره رعاية للجانبين ، وعلى ذلك يكون من الواجب على القاضى إبقاء الوصى الأمين القادر ، وعزل الخائن ، وله ضم مشرف إليه ، ويكون من الواجب عليه ضم قادر يعاون من كان يستطيع فى الجملة ، ويحتاج إلى معونة ، وله عزله إذا كان عاجزاً من كل الوجوه .

٣٨٨ - وقبل أن نترك الكلام فى الوصاية والولاية من الوجهة الشرعية تشير إلى ثلاث مسائل :

(إحداها) أن الوصى والولى أمينان على ما تحت أيديهما من أموال . فما يهلك من غير تعد ولا تقصير فى المحافظة لا يكون مضموناً ، وإذا مات أحدهما مجهلا مال القاصر من غير أن يميزه من ماله . فإن القواعد العامة كانت توجب تضمينه لأن التجهيل استهلاك المال القاصر . والاستهلاك يوجب الضمان وكذلك الشأن فى كل الأمناء إذا جهلوا ما تحت أيديهم من أمانات ، ولكن الولى والوصى استثنيا من ذلك الحكم . لأن تجهيلهما ليس استهلاكاً دائماً أو لم يتعين له . إذ لهما التصرف فى مال القاصر ، ويجوز أن يكونا قد تصرفا تصرفاً سائغاً شرعاً . وصرفت الأموال فى تلك التصرفات . فلا يتعين تجهيلها للتعدى . وعلى ذلك لا ضمان مع هذا الاحتمال .

وإن ذلك الحكم يصح تطبيقه بحكم القانون على الأولياء فى بعض الأحوال دون الأوصياء ، لأن الأوصياء يجب عليهم بمقتضى القانون إيداع أموال فى أحد المصارف الذى تختاره المحكمة ، أما الولى فليس بملزم ذلك الإلزام فى كل الأحوال ، فجاز منه أحياناً تلك الخلطة التى قد تؤدى إلى ضياع مال القاصر .

المسألة الثانية — أجرة الوصى : قال الله تعالى فى شأن الأولياء والأوصياء « ومن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف » وقد اختلف الفقهاء فى فهم هذه الآية الكريمة واختلفت آراؤهم الفقهية باختلاف فهمهم ، ففريق قال إن الغنى لا أجر له والفقير له أجر ، لأنها طالبت الغنى بالاستعفاف وسوغت الفقير أن يأكل بالمعروف ، وفريق آخر قال ، إن الآية لا تجيز للغنى والفقير أجراً ، لأنها أمرت الغنى بالاستعفاف ، وأجازت للفقير أن يأكل بالمعروف ، وليس الأكل بالمعروف أجراً ، ووجهة ذلك الرأى من القياس أن القيام على شأن القاصر قربة فلا أجر عليها .

وفريق ثالث قرر أن للوصى أن يأخذ أجراً غنياً كان أو فقيراً لأنه عمل عملا يستحق عليه أجرة ، والقربة فى القيام عليه بالأمانة ، والآية الكريمة لم تمنع الأجرة ، ولكنها حثت الغنى على التبرع ، فهى لم تمنع الأجرة ، ولكن

أشارت إلى أن الأحسن من الغنى هو التبرع بها ، لتكون القربة خالصة لله سبحانه .

والعمل جار على ذلك من قبل ، والآن فللوصى إذا طلب تقدير أجرة قدرت له أجرة كفاء ما يقوم به من عمل .

المسألة الثالثة — أن القانون سوغ للأب أن يقيم وصياً على الحمل المستكن كما يقيم وصياً على أولاده الذين هم فى ولايته وإذا لم يقم الأب وصياً على الجنين ، ولم يكن جد أقامت المحكمة وصياً . ومن هذا يفهم أن الحمل تثبت عليه ولاية ، وهو حمل ، ويكون الوصى هو المختار من الأب أو المقام من المحكمة التى لها ولاية على الحمل ، وهو جنين .

الحق أن الفقهاء قرروا صحة إقامة وصى الحمل ، ولكن الولاية عليه ، لا تثبت إلا بعد انفصاله حياً ، وأن أمواله تكون تحت يد أمين فى مدة الحمل حتى يولد مستحقاً لما حفظ له من ميراث وما يستحقه من أوقاف ، ووصايا ، وعلى ذلك لا يصح أن يكون للوصى الذى يقام على الحمل ولاية التصرف فى مدة حمله ، ويصح أن يكون هو الأمين الذى يحفظ أمواله ، والقانون اعتبره وصياً فى مدة الحمل ولكن اعتباره أميناً غير وصى فى مدة الحمل أولى ، لأن الوصى له حق التصرف فى المال ، والأمين ليس له إلا حق المحافظة على المال ، وإن ذلك هو الاحتياط ، إذ يجوز أى ينزل الجنين ميتاً فلا يستحق شيئاً ، فكيف يسوغ التصرف فى مال لم تتقرر بعد ملكيته للجنين ، إذا لم يتقرر شرط الاستحقاق ، وهو الولادة حياً .

٣٨٩ — هذه هى أحكام الوصى المختار فى مذهب أبى حنيفة الذى كان معمولا به من قبل ، أما فى القانون القائم ، كما كان فى قانون المجالس الحسبية السابق ، فإنه خاضع لمراقبتها خضوعا تاما ، شأنه فى ذلك كشأن القوام على السفهاء وذوى الغفلة ، والأوصياء المقامين من قبل القاضى ، والوكلاء على أموال الغائبين المقامين من تلك المحاكم أو المختارين منهم قبل غيبتهم .

ولنتكلم أولا فى شرط التعيين فيمن تقيمه المحكمة وصياً على القاصرين ، وقيما على السفهاء وذوى الغفلة ، ثم نتكلم ثانياً على ما يملكون من تصرفات ، ثم نتكلم ثالثاً على محاسبتهم ، ثم على عقوباتهم ، ثم عزلهم .

٣٩٠ — يشترط فيمن تعينه المحكمة الحسبية وصياً أو تثبته إذا كان وصياً مختاراً من قبل الأب (١) أن يكون عدلا كفئاً ذا أهلية كاملة . (٢) وألا يكون محكوماً عليه فى جريمة سرقة أو خيانة أمانة أو نصب أو تزوير ، أو فى جريمة من الجرائم المخلة بالآداب ، أو غير ذلك من الجرائم الماسة بالشرف وألا يكون مشهوراً بسوء السيرة ، أو لم تكن له وسيلة مشروعة للرزق (٣) وألا يكون محكوماً بإفلاسه . (٤) ولا يكون قد حكم بسلب ولايته أو عزله من الولاية على قاصر آخر . (٥) وألا يكون الأب قد قرر حرمانه من التعيين قبل وفاته ، وثبت ذلك بورقة رسمية أو عرفية مصدق عليها بإمضائه فيها ، أو مكتوبة كلها بخطه ، وعليها توقيعه . (٦) وألا يكون بينه وبين القاصر نزاع قضائى أو خلاف عائلى يخشى منه على مصلحة القاصر ، وألا يكون بين القاصر وأحد أصول الوصى أو فروعه أو زوجه نزاع قضائى أو خلاف عائلى كذلك . (٧) وأن يكون من طائفة القاصر . فإن لم يكن فمن أهل مذهبه ، فإن لم يكن فمن أهل دينه ، والطائفة كالأقباط ، والمذهب كالأرثوذكس ، أو الكاثوليك ، والدين كالمسيحية واليهود (١) .

والوصى على الحمل المستكن شروط تعيينه هى شروط الوصى على غيره ويجب عليه بمجرد نزول الولد حياً أو ميتاً أن يبلغ النيابة بانفصاله ، لأنه إن انفصل ميتا يكون ما كان موقوفا له من أموال من حق غيره من الورثة ، وإن انفصل حيا ثم مات بعد ذلك يكون ماله لورثته ، وليس لوصيه شأن بها إلا بقرار آخر ، وإن انفصل حيا واستمر على قيد الحياة فإن الوصايا تستمر ما لم تعين المحكمة غيره (٢) غير أن يده فى حكم النفقة تنتقل من يد حافظة لا تتصرف إلا تصرفات الغرض منها المحافظة فقط — إلى يد مديرة متصرفة .

وقد ذكر القانون حكم ما إذا كانت مصلحة القاصر متعارضة مع مصلحة الوصى ، أو مع مصلحة زوجه أو أصوله أو فروعه ، أو مع من يمثله الوصى كأن يكون الوصى ناظراً على وقف ، والقاصر مستحق فيه ، وهو ينازعه فى هذا الاستحقاق ، فهنا نجد مصلحة القاصر متعارضة مع من يمثله

---

(١) المادة ٢٧ من المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٢ .

(٢) المادة ٢٨ و ٢٩ من المرسوم المذكور .

الوصى ، ومثال تعارض مصلحة الوصى مع مصلحة القاصر أن يكون بينهما شركة فى عين ، أو أن تكون عقارات الصغير مؤجرة من قبل للوصى أو لأحد أصوله أو فروعه ، فنى هذه الصور وأشباهها قد تتعارض فيها مصلحة القاصر مع الوصى ، أو من لا تقبل شهادتها له أو من يمثلهم ، فإذا كان التعارض فى المصلحة بلغ حداً يخشى منه على مال القاصر لا تعينه المحكمة وصياً عليه ، كما ذكر فى شروط الوصى ، وإن لم يبلغ حداً يخشى على ماله منه تعين المحكمة وصياً خاصاً ، حتى يزول التعارض ، وتعين المحكمة وصياً خاصاً كذلك فى شئون العقود التى تكون بين القاصر والوصى كما تعين وصياً خاصاً بالنسبة للأعمال التى تحتاج إلى دراية خاصة ، أو للأموال المتبرع بها التى اشترط المتبرع ألا يتولاها ذلك الوصى .

ويصح أن يكون الوصى الخاص هو الذى تعينه المحكمة للخصومة .

إذا كان التعارض يؤدى إلى تحكيم القضاء ، ليفصل القانون ، كأن يكون نزاع على استحقاق فى وقف ، والوصى هو الناظر ، فإن المحكمة تعين وصياً لهذه الخصومة خاصة ، وإن حق المحكمة مطلق فى تعيين الخصومة المالية ، ولو لم يكن للقاصر مال تقرر عليه وصاية (١) .

٣٩١ — تصرفات الوصى بمقتضى القانون : التصرفات تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

(١) تبرعات ، وهى باطلة من الوصى ، فلا يتصرف بطريق التبرع قط ، فلا يهب ولا يقف ولا يوصى ، ولا يحابى فى معاملة محاباة تصل إلى حد التبرع ؛ بأن يكون فيها غبن فاحش ولم يستثن نص القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ للوصى ما استثناه بالنص للولى ، وهو التبرع لواجب إنسانى ، أو واجب يتعلق بالأسرة ، بإذن من المحكمة .

ونرى أن القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ وإن لم يستثن ذلك للوصى بالنص ، فإن هذا الاستثناء يجىء إن لاحظنا مرمى القانون وغاياته ، لأن الولى لم يكن

---

(١) المادة ٣١ — من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ هى التى بينت أحكام التعارض .

حقه مطلقاً فى التبرع الإنسانى أو العائلى ، إنما كان بإذن من المحكمة الحسبية ، فالحق فى الواقع كان للمحكمة ، ولا فرق بين أن يكون المستأذن هو الولى أو الوصى ما دام الأمر إلى المحكمة فى النهاية ، ولذلك نرى أن الاستثناء الذى ثبت للولى يثبت هنا أيضاً .

وقد جاء المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فصرح بجواز التبرع لواجب إنسانى أو عائلى بإذن المحكمة (١) .

والقسم الثانى — تصرفات إدارة كاجارة الأرض الزراعية ، أو الدور ما دامت الإدارة لم تقيد الأعيان لمدة طويلة أو تعرضها للضياع ، أو لم تكن معاملة للوصى مع القاصر ، وهذه التصرفات تجوز من الوصى من غير حاجة إلى استئذان المحكمة ، ومثل هذا قبول الهبات غير المقترنة بشرط .

القسم الثالث — تصرف يمس رأس المال ، بأن يكون متعلقاً به ، باخراجه من ملكه ، أو يؤدى إلى إخراجه من ملكه أو يعرض المال للضياع أو يكون معاملة بين الوصى والقاصر ، وهذا لا يجوز من الوصى إلا بعد استئذان المحكمة وإذنها .

وعلى ذلك لا يجوز للوصى أن يتولى القسمة بين القاصر وغيره بالتراضى إلا باذن من المحكمة ، والمحكمة التى تقر العقد وتصدق على القسمة ، وكذلك التصديق على القسمة القضائية يكون من اختصاص المحكمة الكلية .

ولا تجوز التصرفات الآتية إلا باذن من المحكمة ، وهى :

(١) التصرف فى أموال القاصر بالبيع والشراء ، أو المقايضة أو الشركة أو الرهن أو الاقتراض أو أى نوع آخر من التصرفات الناقلة للملكية ، أو المرتبة لحق عينى .

(٢) تحويل الديون التى تكون للقاصر ، وقبول الحوالة عليه .

(٣) استغلال الأموال بالاتجار ونحوه وتصفية التجارة واقتراض المال القاصر ، وإقراض مال القاصر .

---

(١) المادة ٢٩ .

(٤) إجارة عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ، ولمدة أكثر من سنة فى المبانى

(٥) إجارة عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة .

(٦) قبول التبرعات المقترنة بشرط ، أو رفضها .

(٧) الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم ، إلا إذا كانت النفقة مضياً بها من جهة مختصة .

(٨) الصلح والتحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيه ، مما يتصل بأعمال الإدارة .

(٩) الوفاء بالالتزامات التى تكون على التركة أو على القاصر ما لم يكن قد صدر بها حكم واجب التنفيذ .

(١٠) رفع الدعاوى إلا ما يكون فى تأخيرها ضرر بالقاصر أو ضياع حق له .

(١١) التنازل عن الدعوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ، ورفع الطعون غير العادية فى الأحكام.

(١٢) التنازل عن التأمينات أو إضعافها .

(١٣) إجارة الوصى أموال القاصر لنفسه أو لزوجته ، أو لأحد أقاربه أو أصهاره إلى الدرجة الرابعة ، أو لمن يكن الوصى نائباً عنه ، أى كل عقد إجارة يكون فيه مظنة محاباة للوصى ، أو من يتصل به ، أو يتولاه الوصى بالنيابة عن طرفين .

(١٤) ما يصرف فى تزويج القاصر .

(١٥) تعلم القاصر إذا احتاج النفقة والإنفاق اللازم لمباشرة القاصر مهنة معينة (١) .

---

(١) المادة — ٣٩ — من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

هذه تصرفات الوصى فى أموال القاصر ، ما يمنع منها ، وما يجوز من غير استئذان ، وما لا يجوز إلا بإذن من المحكمة ، ويجب التنبيه إلى أنه ليس للولى أن يحفظ مال القاصر فى أى مكان شاء ، بل عليه أن يودع باسم القاصر إحدى خزائن الحكومة أو أحد المصارف الذى تشير به المحكمة — كل ما يحصله من نقود مدخرة له بعد حجز ما يحتاج إليه من أموال ينفق منها القاصر ، وما تحتاج إليه الإدارة من الأموال ، وإنه لا يجوز أن يتأخر ذلك الإيداع عن خمسة عشر يوماً ، تبتدىء من تاريخ تسلم هذه الأموال .

ولا يجوز سحب شيء من تلك الأموال إلا بإذن من المحكمة .

وكذلك على الوصى أن يودع باسم القاصر فى أحد المصارف الذى تشير به المحكمة — ما للقاصر من أسهم وسندات وجواهر وحلى فى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمها (١) .

وبذلك الإيداع تحفظ أموال القاصر من أن تتعرض للضياع ، أو تذهب بموت الوصى مجهلا مال القاصر .

٣٩٢ — محاسبة الوصى وعقوبته : لقد قرر القانون أن على الوصى أن يقدم كل عام حساباً سنوياً مبيناً ما أنفقه بمستنداته ، وما قام به من تصرفات ، وما حصل من نقود ، وأدلة إيداعها ، وبعبارة عامة عليه أن يثبت أنه لم يتجاوز ما حده القانون من تصرفات إذا طلب إليه ذلك ، ولا يعفى من هذا الحساب إلا إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على خمسمائة جنيه ، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تحاسب الوصى فى هذه الحال ، إذا رأت مصلحة فى ذلك ،

وفى جميع الأحوال يجب على الوصى الذى يستبدل به غيره أن يقدم حسابا فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء وصايته (٢) .

وإذا أدى الحساب إلى إثبات تقصير فى الواجبات المفروضة عليه أو فى تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة جاز للمحكمة أن تحكم عليه

---

(١) المادة ٤٣ و ٤٤ .

(٢) المادة ٤٥ من المرسوم بقانون رقم ١٩٩ لسنة ١٩٥٢ .

بغرامة مالية لا تتجاوز مائة جنيه وحرمانه من أجره كله أو بعضه ، وبعزله ، أو ببعض هذه العقوبات .

ويجوز لها إعفاؤه من الجزء المالى أو بعضه إذا نفذ ما ترتب عليه الحكم بالعقوبة من غير أن ينال القاصر ضرر ، أو إذا قدم أعذاراً مقبولة(١).

وللمحكمة أن تعطى القاصر جزءاً من هذا الجزاء المالى ، ليكون تعويضاً عما ناله من ضرر بسبب التقصير أو عدم التنفيذ .

وإذا أدى الحساب إلى شك فى أمانة الوصى أو إلى ثبوت خيانة عزلته ، أو وقفته ، وفى حال وقفه يعين وصى مؤقت حتى يزول خبب الوقف أو يعين وصى جديد ، ويسرى على الوصى المؤقت أحكام الوصاية المبينة بالقانون .

٣٩٣ — انتهاء الوصاية : تنتهى مهمة الوصى :

(١) بموت القاصر .

(٢) وببلوغه الحادية والعشرين عاقلا رشيداً ، وإذا رأى الوصى قبل بلوغه الحادية والعشرين أنه سفيه لا يؤمن على أمواله أو ذو غفلة فعليه أن يبلغ المحكمة ، وهى تقرر استمرار الوصاية عليه ، وإذا بلغ مجنوناً أو معتوهاً تستمر الوصاية ولو لم تقرر المحكمة استمرارها .

(٣) وتنتهى الوصاية بعودة الولاية إلى الأب أو الجد .

(٤) وبانتهاء العمل الذى أقيم له الوصى إذا كان وصياً مؤقتاً .

(٥) وبقبول استقالته ، لا بمجرد الاستقالة .

(٦) وبفقده الأهلية الكاملة أو ثبوت غيبته ، بحيث لا يمكن القاصر الانتفاع من وصايته .

(٧) وبالعزل ، ويكون بتخلف شرط من الشروط التى يشترطها القانون للوصاية (٢) ويكون أيضاً إذا صارت مصلحة القاصر فى خطر بسبب

---

(١) المادة ٨٤ .

(٢) المواد ٤٧ و ٤٨ و ٤٩ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

سوء إدارته أو إهماله أو عدم أمانته ، أو أى سبب آخر تراه المحكمة مسوغاً لعزله ، إذ يخشى على مصلحة الصغير مع بقائه .

ولا تحكم المحكمة بالعزل إلا بعد تحقيق تقوم به المحكمة ، أو النيابة ، ويستمع فيه كلام الوصى وطالب العزل ، والمشرف إن كان .

وعلى الوصى فى خلال ثلاثين يوماً من الأيام التالية لانتهاء الوصاية أن يسلم الأموال التى فى عهدته بمحضر إلى القاصر متى بلغ سن الرشد أو إلى ورثته أو إلى الولى أو الوصى أو الوصى المؤقت على حسب الأحوال ، وعليه أن يودع قلم الكتاب فى الميعاد المذكور صورة من الحساب ومحضر التسليم (١) .

٣٩٤ — المشرف : أجاز القانون تعيين مشرف مع الوصى المختار أو مع وصى القاضى ، إذا اقتضت مصلحة القاصر مراقبة الوصى فيما تحت يده من أموال بأن تكررت الشكوى منه . وحصل الشك فى تصرفاته ، ولم يقم دليل يوجب العزل ، فى هذه الأحوال وأشباهها تعين المحكمة مشرفاً ، والمشرف لا يتولى الإدارة ولكن يراقب أعمال الوصى ، وعلى الوصى أن يمكنه من فحص الأوراق والمستندات ، وإجابة كل ما يطلبه من إيضاح خاص بإدارة الأموال ، وعلى المشرف أن يبلغ المحكمة أو النيابة كل أمر يرى أن المصلحة وجب إطلاعها عليه .

ولا يتولى المشرف شيئاً من الإدارة إلا إذا انتهت الوصاية ، ولم يعين وصى جديد ، فإنه يدير الأموال إلى أن يعين وصى جديد ، ولا يتولى إلا الأعمال التى يكون فى تأخيرها ضرر (٢) .

٣٩٥ — أجرة الوصى : يقرر قانون المحاكم المختصة أن الوصاية على أموال القصر تكون بغير أجرة ، إلا إذا طلب أجرة ، ورأت المحكمة استحقاقه لهذه الأجرة ، وقررت المحكمة تقدير أجرة له ثابتة ، أو إعطاءه مكافأة عن عمل استحق عليه وحده الأجرة .

---

(١) المادة — ٤٧ .
(٢) المادة ٥٠ .

ويستفاد من مضمون المادة - ٤٦ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أن الأجرة - إذا قدرت تكون عن المستقبل لا عن الماضى ، لأنها تصرح فى صدرها أن الأصل فى الوصاية أن تكون بغير أجرة وأن تقدير الأجرة بناء على الطلب . وبتقدير المحكمة ، فتكون الأجرة ثابتة من وقت سببها وهو الطلب ، اللهم إلا أن يقال إن حق المحكمة مطلق ، فلها أن تقدر عن العمل فى الماضى ، كما قدرت له عن المستقبل ، والمشرف كالوصى فى الأجرة .

المفقود

٣٩٦ - تعرض قانون محاكم الأحوال الشخصية لأحكام الغيبة ، ومنها إقامة وكيل عن الغائب ، ولو كان مفقوداً ، فحق علينا أن نبين أحكام المفقود هنا ، والمفقود غائب لا يدرى مكانه ، ولا يعلم حاله ؛ أهو حى أم ميت ؟ ولاشك أن المفقود له أموال ، ولابد من معرفة من يديرها وإلى من تئول إليه ، وله زوجة لابد من معرفة مآل أمرها ، ولابد من أن ينتهى فيه إلى أمر ، أيفرض حياً ، وإلى متى يستمر هذا الفرض ؟

ولنبدأ بالكلام فى هذا الجزء الأخير ، فنقول يفرض المفقود حياً ، حتى يصدر الحكم بموته ، وذلك لأنه غاب وهو حى ، فيستمر حكم الحياة حتى يقوم دليل على خلافها ، ولكن متى يحكم القاضى بموته ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك ، فقال أبو حنيفة وأصحابه إنه لا يحكم بموته إلا بموت أقرانه الذين هم من سنه ، ويقدر موت أقرانه بعض الفقهاء ببلوغه تسعين ، وقيل ببلوغه عشرين ومائة ، وقيل ببلوغه سبعين ، وكل تقدير مبنى على أساس ؛ فالسبعون قدرت على أساس أن هذه متوسط أعمار الأمة ما بين الستين والسبعين ومن يقدر بالتسعين أو العشرين والمائة فقد قدر أقصى الأعمار فى نظره ، وإنما قدرت الوفاة بموت الأقران ، لأن حياته كانت مؤكدة ، فلما فقد استمرت باستصحاب الحال ، حتى يقوم الدليل على الوفاة ، ولا دليل فى مثل هذا المقام إلا موت الأقران ، وإن قام دليل من

بينة أو نحوها على موته قبل ذلك ، يتقرر موته ، ولا يعد مفقوداً فى هذه الحال ، لأن موته قد علم بدليل ، هو البينة ، ولا يحتاج ثبوت الموت فى هذه الحال إلى حكم من القاضى إلا إذا كان ثمة نزاع فى ذلك ، ويكون الحكم غير منشىء .

وقال الحنابلة إن كان قد فقد فى حال يظن فيها الهلاك غالباً ، كخروجه فى حرب ولم يعد ، يحكم موته بعد أربع سنين من فقده بالنسبة للزواج والأموال معاً ، وإن خرج فى حال لا يظن فيها الهلاك كسائح ، أو كتاجر فإنه يتحرى عنه بكل الوسائل ، فإن غلب على ظن القاضى من تتبع أخباره وما كان عليه من صحة — أنه قد مات حكم بموته ، وإلا فإنه ينتظر حتى يقوم قرينه أو بموت الأقران ، وهذه الحال مختلف فيها فى المذهب الحنبلى ، وذلك أحد الأقوال فيه ، وهناك قول آخر ، إنه ينتظر حتى يموت الأقران .

وقال مالك إنه بالنسبة لزوجته يحكم بموته بعد أربع سنين من فقده إن طلبت ذلك ، وتعتد عدة الوفاة إن حكم بموته بطلبها ، أما بالنسبة لأمواله ، فلا يحكم بوفاته إلا بعد وفاة أقرانه ، وحجة مالك أن الحياة هى الثابتة ، ويحكم بموته حتى يقوم الدليل على الوفاة بوفاة أقرانه ، ولكن ورد عن الصحابة أنهم أجازوا لمن غاب زوجها أربع سنين أن تعتد عدة الوفاة وتتزوج غيره ، فاقتصر على موضع الفتوى فى الحكم بوفاته بعد أربع سنين إذا طلبت الزوجة ، وترك الأمر بالنسبة للأموال إلى أصل القياس .

وكان المعمول به قبل سنة ١٩٢٠ هو مذهب أبى حنيفة ، فكان لا يحكم بموته إلا بعد موت أقرانه ، ولما سن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ كان مما اشتمل عليه أن أخذ حكم زوجة المفقود من مذهب مالك ، كما جاء فى المادة السابعة منه ، ولكن تلك المادة ألغيت بالمادتين ٢١ ، ٢٢ ، من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ واختير العمل بمذهب أحمد بن حنبل فى بعض أحوال المفقود ، واختير قول مصحح منه فى حال أخرى ، فكان للعمل على أن يحكم بموته بمجرد مضى أربع سنين إذا غاب بحال يغلب على الظن الهلاك فيها ، كالحرب ، والذهاب للصلاة مثلا ثم لم يعد ، وهذا قول الإمام أحمد ، وأما إذا غاب فى حال ليست مظنة هلاك ، كطلب العلم ، أو التجارة أو

السياحة ، فإنه اختير قول مصحح فى مذهب أحمد ، وهو أن يتحرى بكل وسائل التحرى ، فإن غلب على ظن القاضى موته قضى بموته إذا طلبت زوجته أو أحد من ورثته ذلك ، فأمر المدة حينئذ يفوض إلى القضاء .

ولم يفرق فى هذه الأحكام بين الزوجات والأموال ، لأنه لا يصح أن يفرض لشخص حالان متناقضان ، فتفرض حياته فى حال ، ويفرض موته فى أخرى ، فتفرض حياته بالنسبة لأمواله ، ويفرض موته بالنسبة لزوجته ، وتعتد عدة الوفاة ، كما هو مذهب مالك ، كما كان عليه العمل بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، ولذلك كان حسناً ما جاء به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (١) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية : « رأت الوزارة أن تضع أحكاماً لأموال المفقود تصلح فى الحال الموجود الآن ، وتتناسب مع حال العصر الحاضر بقدر المستطاع ، ولما كان بعض المفقودين يفقد فى حال يظن معها موته ، كمن يخرج لقضاء حاجة قريبة ثم لا يعود ، أو يفقد فى ميدان القتال ، والبعض الآخر يفقد فى حال يظن معها بقاؤه سالماً كمن يغيب للتجارة ، أو طلب العلم أو السياحة ثم لا يعود – رأت الوزارة الأخذ بمذهب الإمام أحمد بن حنبل فى الحال الأول ، وبقول مصحح فى مذهبه ، ومذهب الإمام أبى حنيفة فى الحال الثانية ، ففى الحال الأول ينتظر إلى تمام أربع سنين من حين فقده ، فإذا لم يعد وبحث عنه فلم يوجد اعتدت زوجته عدة الوفاة وحلت للأزواج بعدها ، وقسم ماله بين ورثته . وفى الحال الثانية يترك أمر تقدير المدة التى يعيش بعدها المفقود إلى القاضى . فإذا بحث فى مظان وجوده بكل الطرق الممكنة وتحرى عنه بما يوصل إلى معرفة حاله ، فلم يجده وتبين له أن مثله لا يعيش إلى هذا الوقت حكم بموته

---

(١) وهذا نص المادتين ٢١ و ٢٢ منه – ٢١ – يحكم بموت الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده ، وأما فى جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى ، وذلك كله بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان حياً أو ميتاً – ٢٢ – بعد الحكم بموت المفقود بالصفة المبينة بالمادة السابقة تعتد زوجته عدة الوفاة ، وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم .

هذا ويلاحظ أن السنة التي يكون بها التقدير في المدة هي السنة الهلالية ، لأن القانون المذكور لم يبينها ، كما بين السنة الخاصة بنفقة العدة ، وبثبوت النسب بأنها السنة التي تقدر (٣٦٥ يوم) وترك تقدير السنة بالنسبة للمفقود ، فكان ذلك دليلا على أنها مقدرة بالسنة الهلالية التي هي الأصل في التقدير الشرعي فيتبع إلى أن ينص على غيره .

كما يلاحظ أن القرائن التي تثبت الوفاة إن كانت أدلة قوية تبين وقت الوفاة تبيناً دقيقاً يحكم بالوفاة بناء عليها ولا يكون مفقوداً ، بل يكون معلوم الوفاة ويعتبر متوفى وقت ثبوت الوفاة لا من وقت الحكم ، وإن كانت قرائن تقديرية كانت الوفاة من وقت الحكم .

٣٩٧ — وإذا حكم بموته اعتبرت وفاته بالنسبة لزوجته من وقت الحكم ، فتعتد عدة الوفاة من وقت الحكم بموته ، وكذلك بالنسبة للأموال التي كان يملكها عند غيبته ونمائها ، فإن الموت أيضاً يكون من وقت الحكم وعلى ذلك لا يرث أمواله التي كانت ثابتة له من وقت غيبته ونمائها إلا ورثته الموجودون وقت الحكم . أما الذين ماتوا قبل ذلك ، فإنهم لا يرثون فيه ، لأن فرض الحياة كان قائماً ، ولم تعتبر الوفاة إلا بعد ذلك ، أي من وقت الحكم ، فلا تستند إلى ما قبله .

وأما الأموال التي كان يمكن أن يكتسبها بإرث أو وصية أو هبة لو لم يكون مفقوداً ، فإن الحكم بالوفاة يثبت بالنسبة لها من وقت سبب الملكية ، أي أنه يعتبر بالنسبة لها ميتاً من وقت الغياب ، وذلك لأن حياته ثابتة بما يسمونه في الفقه استصحاب الحال ، أي اعتبار حال الحياة التي كانت قبل الفقه ثابتة بعده ، واستصحاب الحال يصلح سبباً لإبقاء الحقوق الثابتة ، ولا يصلح سبباً لاكتساب حقوق جديدة ، وعلى ذلك إذا مات له قريب يرث منه قبل الحكم بموته ، فإن حقه في الميراث يستمر موقوفاً ، حتى يحكم القاضي بموته أو يحضر ، فإن حضر أخذه ، وإن حكم القاضي بموته وزع ذلك الموقوف على ورثة ذلك القريب باعتبار أن المفقود كان ميتاً وقت وفاة ذلك القريب .

٣٩٨ - وإذا ظهر المفقود حياً بعد الحكم بوفاته ، فما يكون له من مال قائم يأخذه ، وما استهلكه الورثة ، أو أخرجوه عن ملكهم ، فإنه لا يسترد قيمته ولا مثله ، لأنهم لا يضمنون ، إذا تصرفوا فيه على أساس أنه ملك لهم بحكم شرعي سليم ، ولا يضمن من يتصرف بحكم قضائى ، كذلك الحكم بالنسبة للأموال التى كان يرثها .

أما بالنسبة لزوجته ، فإن كانت لم تتزوج ، أو تزوجت ولم يدخل بها فإنها تعود إلى المفقود ، لأن زوجيته قائمة ، وتبين أن الأساس الذى قام عليه الحكم كان باطلا فتعود إليه ، وأما إذا كانت قد تزوجت غيره زواجاً صحيحاً فى الظاهر ودخل بها ، ولم يثبت أنه كان يعلم بحياة المفقود وقت العقد أو قبل الدخول بها ، فإن الزوجة تكون للثانى ، لأنه تزوجها بعقد شرعى بناء على حكم قضائى ، وقد دخل بها بمقتضى ذلك العقد الذى بنى على أسس صحيحة فى الظاهر ، فتكون له ولا يفسخ ، أما إن علم بحياته قبل الدخول فهى للمفقود .

والحكم الخاص بالزوجية هو رأى مالك ، وهو منصوص عليه فى قانون سنة ١٩٢٠ فى المادة - ٨ - ونصها : « إذا جاء المفقود أو يجيء وتبين أنه حى ، فزوجته له ما لم يتمتع بها الثانى غير عالم بحياة الأول ، فإن تمتع بها الثانى غير عالم بحياته كانت للثانى ما لم يكن عقده فى عدة وفاة الأول .

وهذا الرأى لمالك هو آخر آرائه وقد قال قبل وفاته بسنة . ورأيه قبل ذلك أنها تكون للثانى سواء أدخل بها أم لم يدخل ، ورأى أبى حنيفة أنها للأول ، لنبين بطلاق الثانى كالزواج بكل محرمة عليه ، والله سبحانه وتعالى الموفق وهو الهادى إلى الصواب .

٣٩٩ - هذا والقانون قد نظم أحكاماً توجب رقابة على أموال الغائبين ووكلائهم ، فعرف الغائب بأنه كامل الأهلية الذى لا تعرف حياته أو مماته ، أو تكون حياته محققه ولكنه هجر وطنه راضياً ، أو غير راض وحيل بينه وبين العودة إليه ، أو إدارة شئونه بنفسه ، أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة ، وترتب على ذلك أن تعطلت مصالحه ، أو مصالح غيره .

وترى أن هذا التعريف يشمل المفقود وغير المفقود

والغائب يتولى أعماله وكيله إذا كان قد ترك توكيلا عاماً فى إدارة أمواله ، كل ما يملكه من تصرفات تتعلق بها . فإذا لم يترك وكيلا أقامت المحكمة عنه وكيلا ، ووكيل الغائب سواء أكان موكلا من قبله ، أم كان معيناً من قبل المحكمة يسرى عليه ما يسرى على الأوصياء من أحكام .

وتنتهى الوكالة بموت الغائب أو بالحكم بموته من المحكمة المختصة ، إن كان مفقوداً ، وبزوال سبب الغيبة إن لم يكن مفقوداً .

هذا ما تيسر لنا بيانه فى هذا الكتاب والله سبحانه وتعالى ولى التوفيق ،،،

* * *

بيـان مايشتمل عليه الكتاب

القســـم الأول

٤٠ — إنشاء عقد الزواج

٦٣ — المحرمات

١٠٧ — الولاية فى الزواج

١٣١ — الوكالة فى الزواج

١٣٦ - الكفاءة

القســم الثانى

١٤٧ - حكم عقد الزواج

١٥٦ - آثار العقد الصحيح

١٦٩ - المهر

القســـم الثالث

٢٧٧ – إنهاء الزواج

٣٢٩ - الخلع

(٣٢٩) تعريفه ، الوضع الفقهى له (٣٣١) الفرق بين الخلع والطلاق على مال (٣٣٢) بدل الخلع (٣٣٣) كل ما يصلح مهراً يصلح بدل خلع ولا عكس (٣٣٤) حكم الخلع (٣٣٥) إسقاط الحقوق المالية السابقة بالخلع واختلاف الأئمة فى هذا (٣٣٦) خلع المحجور عليهن (٣٣٨) خلع المريضة مرض الموت (٣٣٩) المعنى الفقهى للخلع ومذهب مالك فيه .

٣٤٠ - الظهار

(٣٤٠) تعريفه (٣٤١) كفارته .

٣٤٢ - الطلاق بحكم الشرع والقانون

(٣٤٢) الإيلاء . تعريفه (٣٤٣) الطلاق به والفىء وكيف يكون (٣٤٣) الطلاق بالإيلاء عند الحنفية وبعد قانون سنة ١٩٢٩ (٣٤٤) اللعان (٣٤٥) أثره (٣٤٦) متى تحل الملاعنة للملاعن .

٣٤٧ - الطلاق بحكم القاضى

(٣٤٧) التفريق لعدم الإنفاق ، خلاصة ما جاء فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ (٣٤٨) الأصل الفقهى له ، وأدلة الفقهاء المختلفين فى ذلك (٣٤٩) اختلاف الأئمة الذين قرروا التفريق لعـدم الإنفاق (٣٥٠) القانون أخذ هـذا من مذهب مالك (٤٥٢) الأولى العودة إلى مذهب أبى حنيفة فى هذا (٣٥٥) التفريق للعيب ، خلاصة ما جاء بالقانون بالنسبة له ، وما جاء فى المذهب الحنفى (٣٥٧) فقه الموضوع واختلاف الفقهاء بشأنه (٣٥٩) ما جاء به القانون متفق مع مذهب مالك ، وهو المصدر التاريخى له (٣٦٠) التفريق للضرر ، أقسامه : (٣٦١) خلاصة ما جاء بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ خاصا بالتفريق للايذاء (٣٦٤) المصدر الفقهى له هو مذهب مالك وهو الأصل الفقهى له (٣٦٥) النقص فى القانون عن مذهب مالك ونقد ذلك (٣٦٦) التفريق للضرر بالغياب (٣٦٧) المصدر الفقهى له (٣٦٩) التفريق للحبس وخلاصة القانون فيه ومصدره .

٣٦٨ - إثبات الطلاق

(٣٦٨) الجمهور على أن الطلاق يقع من غير حاجة إلى إشهاد ، ومخالفة الشيعة (٣٦٩) إثبات الطلاق يكون بكل طرق الإثبات فى حياة الزوجين ، وبعد وفاتهما يقيد الإثبات بأحكام اللائحة ، وبيانها (٣٧١) مناقشة الحكم الذى يجيز الحكم بالطلاق أو التى تؤدى إلى حكم بالطلاق بشهادة واحد ، لا بشهادة اثنين وبيان بطلانه .

٣٧٢ - العدة

(٣٧٢) تعريفها : وسبب مشروعيتها (٣٧٣) العدة فى العقد الفاسد ، ابتداؤه فى الفاسد والصحيح (٣٧٣) أنواع العدة (٣٧٤) العدة بوضع الحمل (٣٧٥) العدة بالاقراء ، والعدة بالأشهر القائمة مقامها (٣٧٦) عدة الوفاء (٣٧٧) تحول العدة من تقدير إلى تقدير (٣٧٧) ممتدة الطهر وحكمها فى مذهب أبى حنيفة ، ومايؤدى إليه (٣٧٩) علاج الأمر بمذهب مالك ، ثم علاجه بمنع سماع الدعوى وبيان ذلك (٣٨١) الطريق لمعرفة انقضاء العدة (٣٨٢) الأحكام التى تثبت فى مدة العدة (٣٨٣) حلها للمطلق وزواجه منها ثم طلاقها قبل الدخول وما يجب من مهر وعدة (٣٨٤) نفقة المتعدة .

القســـم الرابع

حقوق الأولاد

٣٨٦ - ثبوت النسب

(٣٨٦) القواعد التى تبنى عليها أحكام ثبوت النسب (٣٨٧) أقصى مدة الحمل (٣٨٨) ثبوت النسب فى النكاح الفاسد (٣٨٩) الزانى لا يثبت نسباً (٣٩١) ثبوت النسب حال قيام الزوجية الصحيحة (٣٩٢) ثبوت النسب حال قيام العدة وبيان الفرق بين ما جاء به القانون ، ومذهب أبى حنيفة والأصل الفقهى للقانون (٣٩٥) إثبات الولادة أو المولود عند الاختلاف فيهما (٣٩٦) ثبوت النسب بالدعوى (٣٩٧) الإقرار الذى فيه تحميل النسب على الغير (٣٩٨) الإقرار بالأبوة (٣٩٨) إقرار النسب فى مرض الموت (٣٩٩) مذهب

٤٠٢ – الرضاعة

٤٠٥ – الحضانة

٤١٥ – نفقة الأولاد والأقارب

٤٣٧ - الحجر والولاية

(٤٣٧) الحجر معناه شرعاً (٤٣٨) المحجور عليهم (٤٣٩) الصغر وأقسامه والتصرفات التي تجوز من المميز (٤٤١) البلوغ ، أماراته ، البلوغ بالسن (٤٤٢) الفرق بين البلوغ في الزواج والبلوغ في التصرفات المالية (٤٤٣) الجنون والعته ، والفرق بينهما (٤٤٥) ابتداء الحجر فيهما (٤٤٧) السفيه . أقسامه ، مخالفة أبي حنيفة للجمهور في الحجر عليه (٤٤٩) ابتداء الحجر عليه (٤٥٠) ذو الغفلة (٤٥١) أحكام السفيه وذي الغفلة في القانون ، الوقف والوصية منهما (٤٥٣) إدارتهما أموالهما وما يجوز لهما من تصرفات في هذه الحال (٤٥٤) المدين (٤٥٥) اختلاف الفقهاء في الحجر عليه (٥٥٧) ذوو العاهات وأحكامها في القانون .

٤٥٩ - الولاية

٤٥٩ - الولاية على النفس

(٤٥٩) عمل الولي على النفس (٤٦٠) متى تبتدىء الولاية على النفس ومتى تنتهي (٤٦١) شروط الولي على النفس ، سقوط ولاية الأب أو الجد إذا كان غير أمين أو سفيها (٤٦٢) الحكم إذا كان العاصب فاسد الأخلاق (٤٦٣) الولي على النفس ووجوب عزله وجواز عزله أو وقفه في القانون .

٤٦٤ - الولاية على المال

(٤٦٤) من تكون له الولاية على السفيه وذي الغفلة (٤٦٥) من له الولاية على الصغير ، واختلاف الأئمة فيها (٤٦٦) الولاية على المجنون والمعتوه (٤٦٨) ولاية الأب وتصرفاته ؛ أقسام الآباء . الأب غير الأمين المبذر (٤٦٩) أحكام الأب الأمين حسن الرأي ، ما يجوز منه من التصرفات وما لا يجوز (٤٧٠) نقض القاضي بعض تصرفاته . إجارته (٤٧١) هبته بعوض والخلاف فيها (٤٧٢) العقود بينه وبين القاصر ، وتولية العقد من الجنبين ، وإقامة القاضي من يتسلم منه في هذه الحال (٤٧٣) الأب الأمين سيء الرأي ، الحد من تصرفاته (٤٧٤) تصرفات الأب في القانون ، مراتب ولاية الآباء

* * *

مؤلفات الإمام محمد أبو زهرة

— خاتم النبيين — ثلاثة أجزاء — فى مجلدين
— المعجزة الكبرى (القرآن)
— تاريخ المذاهب الإسلامية — جزءان فى مجلد واحد
— الأحوال الشخصية
— الجريمة فى الفقه الإسلامى
— العقوبة فى الفقه الإسلامى
— أصول الفقه
— أحكام التركات والمواريث
— أبو حنيفة حياته — عصره — آراؤه — فقهه
— مالك حياته — عصره — آراؤه — فقهه
— الشافعى حياته — عصره — آراؤه — فقهه
— ابن حنبل حياته — عصره — آراؤه — فقهه
— ابن تيمية حياته — عصره — آراؤه — فقهه
— الإمام زيد حياته — عصره — آراؤه — فقهه
— الإمام الصادق حياته — عصره — آراؤه — فقهه
— ابن حزم حياته — عصره — آراؤه — فقهه
— الوحدة الإسلامية
— الخطابة
— تاريخ الجدل
— الملكية ونظرية العقد
— شرح قانون الوصة
— محاضرات فى الوقف
— محاضرات فى عقد الزواج وآثاره







